

## **Pino Esther Hormiga Franco**

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, España. Licenciada en Criminología. Socia de la FICP.

### **~El temor a una agresión mayor~**

**Sumario.-** I. Introducción. II. En presencia de menores. III. Mediación como una alternativa. IV. Consideraciones finales. V. Bibliografía.

**Resumen.-** El legislador ha incluido la modalidad agravada cuando los hechos se cometan en presencia de menores, en los tipos penales de violencia de género por entender que debe imponerse un mayor reproche penal y una mayor antijuridicidad de la conducta que realiza el sujeto activo. Pero la expresión en presencia de menores, hizo que se plantearan dudas en relación a su aplicación, casuística resuelta por la STS de Pleno 188/2018, de 18 de abril, que innova dando lugar a la unificación de criterios, a la hora de interpretar el ámbito de esta mención.

**Palabras claves.-** Menores, víctimas, violencia, género.

## **I. INTRODUCCIÓN**

A nuestros operadores jurídicos les preocupa la situación que sufren los menores en las familias cuando se producen supuestos de violencia por encontrarse desprotegidos. La obligación de proteger a los menores víctimas es del Estado. Para la debida protección se aplica la Decisión Marco del Consejo de la UE (art. 8), en el caso que se repitan los hechos delictivos sobre los menores víctimas de violencia, máxime cuando éstos se producen en un ámbito íntimo y cerrado y en ocasiones no siempre fácilmente perceptible por la personas de su entorno.

El escenario del miedo que se crea en los episodios de violencia de género y sus consecuencias lleva a contextualizar a la víctima por la situación de debilidad en la que se encuentra la mujer-madre y protectora de esos niños y niñas en la mayoría de los casos. Esta posición de debilidad se explica cuando la víctima no presenta denuncia o se retrasa en formularla o incluso cuando se acoge a su derecho a la dispensa del artículo 416 de la LECRIM, interpretado recientemente por el también discutible acuerdo plenario de la Sala 2.<sup>a</sup> de 23 de enero de 2018 acerca del alcance de esta dispensa de declarar, que impide “rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida” y admite acogerse a esa dispensa a “quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”<sup>1</sup>. La acción que

---

<sup>1</sup> Véase el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 23 de enero de 2018.

despliega el hombre sobre la mujer por ejemplo para matarla anula su capacidad de defensa, de ahí que el TS aplique la perspectiva de género para convertirlo en un asesinato, al concurrir la alevosía sorpresiva. Este miedo se extiende a los menores que conviven con el agresor y así esa perspectiva de género contempla a los menores como víctimas de la violencia sobre la mujer.

Los menores son víctimas de violencia cuando esta se ejerce sobre sus progenitoras, porque los actos violentos no sólo afectan a la mujer sino que produce efectos a las personas que engloban la familia, de forma más cercana, a la víctima inmediata, que es la mujer y los hijos; los menores pueden ser instrumento de transmisión de diferentes modos de violencia por parte de uno de sus progenitores hacia el otro. Y, según las estadísticas, son utilizados la mayoría de las veces como elemento a través del cual los progenitores paternos ejercen la violencia sobre las madres. Es decir, sirven de vía a través del que se ejerce la violencia de género sobre la mujer.

Y estas conclusiones dan lugar a la elaboración de una exposición detallada. Como personas perjudicadas, los menores han de ser protegidos, y sus madres han de encontrar a su vez protección frente a la instrumentalización de los menores para ejercer violencia contra ellas. Y es necesario hacer compatibles ambos elementos de la exposición. Las mujeres temen por su integridad física o psíquica pero este temor crece y va en aumento cuando se teme por la vida o integridad de sus propios hijos.

## **II. EN PRESENCIA DE MENORES.**

El Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de Género, explica claramente:

“Si ha sido difícil, y aún no se ha acabado, explicar y concienciar lo que es la violencia de género, su génesis, indicadores, detectores, mucho más lo es entrar en el mundo de la infancia donde los bloqueos emocionales sociales son mucho más grandes. Cuesta mucho entender que un juez pueda conceder visitas a un padre biológico, condenado por maltratar a la madre, incluso con la resistencia del menor . Lo que sucede es que se piensa que el juez no cree al menor o incluso que no le cabe en la cabeza que un padre, por muy maltratador que sea, hará daño a su hijo. Y ahí caemos en el relato, en la mitificación, en no querer afrontar los hechos como son”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., Hijos e hijas víctimas de la violencia de género, RAD, 8/2018, p. 6.

Aunque no comparta en su totalidad el argumento esgrimido por el Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de Género, en cuanto a la visión de los jueces, al entender que el maltratador, como agresor que es, será capaz de hacer daño y lesionar a todas las personas que le rodeen, hoy por hoy se considera a los menores víctimas directas de la violencia de género y así lo expuso el propio Tribunal Supremo en la reciente STS núm. 247/2018, de 24 de mayo<sup>3</sup>, con cita de abundante jurisprudencia, que la exposición a la violencia de género tiene efectos sobre el bienestar del menor, esto es, que... “la presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, a quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación, ante la posibilidad de que su experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede ser paralizante, y que, desde luego, afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad de uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia”.

Una vez unificada la interpretación de las palabras en “presencia de menores”, lo que pretende este tipo agravado es evitar que los menores que conviven en el entorno familiar donde ocurren los episodios de violencia, sean victimizados. Es decir, los menores que convivan y que son víctimas directas también de estos ilícitos penales de violencia familiar o de género, se percaten de la situación de ataques y de violencia por cualquiera de sus sentidos, aunque los mismos no se encuentren físicamente en la habitación donde están discurriendo los hechos, bastando que los mismos estén en el domicilio y/o puedan escuchar o ver por ejemplo la escena de violencia que allí ocurre.

Así, se ha resuelto el alcance de la expresión en presencia de menores que está recogida en el art. 153.3 (maltrato) 171.5.2 (amenazas) 172.2.3.º (coacciones) y 173.2.2 (maltrato habitual) dentro de los ilícitos penales que castigan actos de violencia de género, y en donde el legislador ha optado por incluir una serie de agravaciones de las

---

<sup>3</sup> Veáse la STS de Pleno 188/2018, de 18 de abril, Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro, que innova, dando lugar a la unificación de criterios, a la hora de interpretar el alcance de esta mención que se cita en el precepto expuesto, a fin de analizar e interpretar el alcance de esta expresión que supondría fijar la penalidad por el hecho cometido en la mitad superior de la pena para el caso concreto.

conductas contempladas en los tipos penales de violencia de género, por conllevar un mayor reproche jurídico y una mayor antijuridicidad penal de la conducta desplegada por el autor.

De manera resumida sobre la interpretación de la expresión en presencia de menores, enumero las líneas principales sobre su contenido:

1. La presencia de un solo menor en los hechos permite aplicar la agravación penal en la mitad superior.

2. La declaración en presencia de menores debe englobar tanto las hipótesis en los que el menor observa visualmente los hechos como aquellos otros en los que el menor, coincide al momento en el que se están desarrollando, los divisa de cualquier otro modo, estando lúcido del acto de violencia.

3. La norma no exige presencia física y visual, sino percepción de cualquier modo, que también puede ser no visual.

4. En cualquier caso, si no es a su presencia, pero está en otra habitación de la casa concurriría la agravación si se trata del domicilio común de la pareja, o si se trata del domicilio de la víctima, ya que estas situaciones relacionadas con cometer el hecho en estos lugares ya tienen autonomía propia para permitir la agravación de la pena en su mitad superior.

5. Los menores pueden ser hijos o hijas comunes o no comunes e incluso podría ser menores que por alguna razón se encuentra en el domicilio donde ocurre el hecho de violencia. El precepto no lo exige, y por ello podría darse la agravación en el caso de que se cometa un acto de maltrato y sea presenciado por un menor que va por la calle con sus padres, cuando esta visualización del menor del acto de maltrato pueda ser probada en el acto del plenario.

6. Se persigue, con ello, agravar la pena para los casos en los que la conducta de maltrato sea presenciada por los menores por el daño que esa percepción del ejercicio de la violencia les causa, pero, sobre todo, la violencia que es ejercida por sus progenitores, lo que agrava el perjuicio de la acción del autor sobre un sujeto pasivo, pero que, además, tiene otros sujetos pasivos en este caso, como son los menores, que vienen a ser víctimas directas de una contemplación de la violencia que se ejerce ante ellos, o ante su percepción.

7. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, recogió, así, que “los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia”.<sup>4</sup>

El tipo agravado de los delitos antes mencionados de violencia sobre la mujer, por actuar en presencia de los hijos, como ya hemos dicho y reiteramos, no requiere que estos hayan visto la agresión. De no interpretarse así, destaca la Sala, “el precepto resultaría desactivado en la esencia de su funcionalidad, al quedar desprotegidos numerosos supuestos relevantes de victimización de menores de edad cuando no tienen acceso al dormitorio de la pareja, o se encuentran atemorizados a la hora de acudir al cuarto donde se ejecuta la acción violenta; o simplemente cuando tienen dificultades de visión, etc.”.<sup>5</sup>

El Tribunal Supremo confirma en que la aplicación de la modalidad agravada cabe cuando el menor se percate o perciba la situación de violencia o de conflicto familiar “por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorarse de los hechos. Sin que para ello sea preciso que los vea de forma directa por estar delante de los protagonistas de la escena violenta, sino que puede conocerla de forma sustancial a través de su capacidad auditiva y de otros medios sensoriales complementarios que le den perfecta cuenta de lo que está realmente sucediendo”.<sup>6</sup>

Este problema quedó resuelto cuando el maltrato se da en el hogar exclusivo del autor del hecho y el menor no lo presencia físicamente, o no lo ve, como fija la STS nº 188/2018 de 18 de abril, por estar en una habitación distinta, aún así concurre la agravación, por cuanto, al no exigirse la presencia visual se aplicaría la agravación si el menor solo escucha y es completamente despierto de lo que está sucediendo, percibiendo tanto de las manifestaciones verbales que contienen un componente agresivo o violento como del sonido que es propio de un golpe o de una agresión.

La medida de protección sobre los menores, hijas e hijos de las mujeres víctimas de violencia de género constituye uno de los elementos principales del Pacto de Estado

---

<sup>4</sup> MAGRO SERVET, V., Interpretación y alcance del subtipo agravado de cometer el delito en presencia de menores, 2018, LL, pp. 2-4.

<sup>5</sup> LARRAYOZ SOLA, I., La agravante de violencia de género por actuar «en presencia» de los hijos no requiere que estos hayan visto la agresión, RAD, 7/2018, pág. 2.

<sup>6</sup> LARRAYOZ SOLA, I., La agravante de violencia de género por actuar «en presencia» de los hijos no requiere que estos hayan visto la agresión, RAD, 7/2018, pág. 2.

que exige una resolución más rápida. Según la encuesta que se calificó de macro-encuesta de violencia contra la mujer realizada en 2015, del total de mujeres que sufren o han sufrido violencia física, sexual o miedo de sus parejas o exparejas y que tenían hijos/as en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia, el 63,6% afirmó que los hijos e hijas presenciaron o escucharon alguna de las situaciones de violencia. De las mujeres que contestaron que sus hijos o hijas presenciaron o escucharon los episodios de violencia, el 92,5% afirmaron que los mismos eran menores de 18 años cuando sucedieron los hechos.

También la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, en el art. 2. b. 1º, se refiere, para citar a "víctimas del delito", a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos. Con ello, la expresión menor se refiere a un concepto más amplio que el de descendientes propios de ambas partes, autor y víctima del delito, o de uno de ellos, a fin de extenderse a cualquier menor que pudiera presenciar el ilícito penal. Se pretende, con la agravación de hechos de maltrato "con presencia de menores", evitar que se produzca un aprendizaje por los menores de conductas de violencia y el evidente sufrimiento que provoca la conducta en el menor que visualiza un acto de maltrato.

Por ello el Real Decreto-Ley 9/2018, introduce una reforma en el artículo 156 del Código Civil para dar cumplimiento a la medida 148 del CC. Del Informe de la Subcomisión del Congreso que propone, no vincular la intervención psicológica con menores que sufren y conviven con actos de violencia de género en el ejercicio de la patria potestad. En concreto la modificación que afecta al artículo 156 del Código Civil tiene como fin que la atención y asistencia psicológica de los hijos queda fuera de la lista de actos que precisan una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas de ambos.<sup>7</sup>

La Disposición Final segunda del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto (RCL 2018, 1165) , de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la

---

<sup>7</sup> Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. BOE 4 Agosto 2018. La Ley 12994/2018.

violencia de género, publicado en el BOE de 4 de agosto, añade un nuevo párrafo segundo en el artículo 156 del Código Civil con la siguiente redacción: “Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos”.<sup>8</sup>

A mi juicio, no era necesaria la introducción en el Código Civil de la modificación del artículo 156, por tener ya encaje legal en el propio código civil. Primeramente cuando hay desacuerdo entre los progenitores se acudiría al juez, que lo resolverá. A continuación cabe de oficio, a instancia del propio hijo, pariente o Ministerio Fiscal solicitar cualquier medida para separarles de cualquier peligro que les pueda atentar y sin olvidar el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento y en todo caso, cuando tenga la edad de los doce años cumplidos.

Quizás esta situación en el ámbito y jurisdicción civil se podría evitar, al menos en los delitos graves de violencia de género, si viniera la pena de privación de la patria potestad aparejada de manera preceptiva en el tipo penal.

Y por último debemos incluir, en mi opinión como una forma de maltrato infantil, maltrato infantil de género no sólo porque han sido víctimas directas de la violencia de género percibiendo la situación de violencia por cualquier medio sensorial sino porque en algunos casos cuando la violencia sobre la mujer cesa directamente, el agresor continúa la violencia a través de los hijos o menores para atentar nuevamente sobre la mujer. Por tanto cuando se puede acreditar esa finalidad se debe hablar de violencia infantil de género.<sup>9</sup> No nos olvidemos, que el ataque a los menores es directo, que ellos son víctimas primarias del delito, que se ataca a su integridad psíquica, al desarrollo normal de su personalidad, al equilibrio armonioso que debe vivir todo menor, por lo que en estos casos, además de la aplicación de la penas agravadas, no podemos olvidar

---

<sup>8</sup> CORERA IZU, M., El Decreto sobre violencia de género y la patria potestad, LL, 11209/2018, p. 3.

<sup>9</sup> DE TORRES PORRAS, F., Menores víctimas directas de la Violencia de Género, [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), p. 12.

la privación del ejercicio de la patria potestad a un progenitor paterno que no tiene respeto por los derechos de su propio hijo/a.<sup>10</sup>

### III. LA MEDIACIÓN COMO UNA ALTERNATIVA.

La mediación está prohibida en cualquiera de los procedimientos penales de violencia sobre la mujer así como en la justicia penal en general. Esta prohibición reduce la posibilidad que tiene la mujer de decidir sobre ciertas cuestiones que le atañen de manera muy directa y de cara a conseguir la reparación del daño y la reinserción del delincuente. Quizás porque la situación de la mujer en esta clase de ilícitos penales es muy especial. Su agresor es ese hombre al que le une o le unió una relación matrimonial o de afectividad y se cree que en la mediación podría éste manipular a la víctima presentándose a la sociedad como otra muestra de violencia o de dominación. De esto se deduce que el legislador establece una dificultad de discernir a la mujer cuando la misma se convierte en víctima de violencia de género. Pero si pudiéramos aplicar la mediación y con ésta se consiguiera el perdón o arrepentimiento del agresor, la reparación del daño a la víctima, que el agresor se someta a tratamiento psicológico o adecuado a su rehabilitación, me pregunto si estos resultados no son los que queremos conseguir con la imposición además de una pena en nuestro Derecho penal. En mi opinión, no soy partidaria de aplicar la mediación en los delitos de violencia de género en general, pero sí podría ser aplicable de manera excepcional en delitos leves o delitos menos graves cuya entidad no sea de una entidad suficiente como para prohibir la mediación de una manera radical. Podemos encontrarnos con víctimas de violencia de género de muy diferentes tipos, tal y como diferentes pueden ser los actos de violencia de género. Lo que sí es cierto que hasta la actualidad, no hemos encontrado un sistema de educación y de lucha contra la violencia de género porque continúan siendo muy altas las tasas de víctimas de la violencia, por ello debemos buscar y encontrar otros mecanismos para aminorar el número de víctimas existentes y la mediación junto con la educación y formación podrían ayudar a erradicar este tipo de violencia. Así por

---

<sup>10</sup> La STS 247/2018, de 24 de mayo, menciona el interés por la Fiscalía en el recurso que se imponga la pena de privación de la patria potestad con respecto a la menor, hija común del condenado y víctima, Silvia al no considerar correcta y razonable la desestimación de esta pena interesada por la Fiscalía, dada la gravedad de los hechos que se cometen a presencia de la menor, la brutalidad del ataque del padre de Silvia contra su propia madre, que se llevará a cabo con su presencia en la casa y la especial incidencia que puede suponer para el desarrollo de la personalidad de la menor haber presenciado este hecho, y que quedará grabado en la retina de la menor por ser al agresor a su madre su propio padre.



ejemplo, FÁBREGA RUIZ <sup>11</sup> estima que la prohibición establecida en materia de mediación en violencia de género “debe ser suprimida, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada y que debe comprobarse caso por caso y ser especialmente vigilada por el mediador.”.

En las conclusiones del Seminario del CGPJ sobre Instrumentos Auxiliares en el Ámbito del Derecho de Familia de 2010 se afirmó expresamente que “se entiende desafortunada la previsión recogida en el art. 87 ter de la LOPJ en su redacción dada a éste por la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, referente a vedar la mediación en todos los casos atribuidos a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin diferenciar grados de violencia, ni si la misma es estructural o contextual. En definitiva se considera que la solución asumida por el legislador de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y determinación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación.”. Y en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial de 2013, indicaba que “la experiencia demuestra que no se debería descartar el proceso de mediación en estos supuestos (delitos más graves), debe permitirse que sea la víctima de la infracción quien decida si desea someterse al proceso de mediación, y, contar asimismo con la determinación en el mismo sentido del acusado o condenado. No cabe duda que hasta en delitos muy graves, la mediación podría llevarse a efecto pasado un tiempo de cumplimiento de pena de prisión», y referido a ello, podríamos citar los denominados «Encuentros Restaurativos» entre presos de la banda terrorista ETA y víctimas. De manera cercana y próxima a la violencia familiar está la sustracción internacional de menores que aquí el legislador español ha incluido la mediación con la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que puede ser solicitada por las partes o también aplicable de oficio. Esta postura diferente del legislador se debe a la obligación de igualar a nivel internacional la materia como el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, que se

---

<sup>11</sup> FABREGA RUIZ, C.F., Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad, 2010, p. 6.

refiere implícitamente a la mediación cuando en el art. 7.c) prevé como obligación de los Estados colaborar entre sí con el fin de garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.<sup>12</sup>

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES.

El tema de la violencia sobre la mujer y por ende de los menores es un problema que hay que solucionarse, igual debemos de escuchar a otros operadores de otros campos como el social, el asistencial, educativo, sanitario, criminológico y por supuesto el jurídico, entre otros. En el campo judicial no se puede obviar principios del derecho penal, tales como el principio in dubio pro reo, presunción de inocencia, derecho de defensa y otros que son las garantías en nuestro ordenamiento jurídico y la lucha contra la violencia no puede restar derechos ni al acusado ni por supuesto al testigo, familiar de la víctima sea o no denunciante. Es difícil resolver y solucionar los problemas que se suscitan en este campo de la violencia de género como por ejemplo, el conflicto interno que puede producir en el fuero interno del testigo para no perjudicar a la víctima y la recomendación de reforma que debe afrontar el artículo 416 de la LECRIM, calificar la alevosía doméstica como sorpresiva en aquellos casos por ejemplo el ataque a la víctima cuando la misma se encontraba en la cama es alevoso, la mujer está en una situación de relajación absoluta sin que pueda prever el ataque o armarse de medios para poder hacer frente al ataque al menos con una mínima defensa, además de la confianza que se genera con alguien cuando convives diariamente con ella o extender el ámbito de protección a personas más vulnerables o especialmente protegidas por su situación. Habrá que preguntarnos porqué el silencio de la víctima, por miedo o temor a represalias, por conflicto interno para no perjudicar al acusado, por los hijos, etc... igual habrá que instaurar otros sistemas para estos ilícitos, sobre las conductas menos graves. Habrá que fijarse y tener en cuenta los deseos de las víctimas y su protección. Debemos intentar que las víctimas se acojan menos a este derecho sin quitarles su derecho y se sancione al delincuente. Lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia está dando pasos agigantados en la búsqueda de sanciones adecuadas a la realidad de los hechos pero debe ser el legislador el que se adelante y prevea las situaciones de violencia para prevenir los hechos delictivos. Así lamenta el TS que el legislativo no haya legislado para regular el alcance de la dispensa pese a los numerosos informes y recomendaciones

---

<sup>12</sup> ORTIZ PRADILLO, J. C., Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima, LL, 416, 2016, 13.

que hay en este sentido.

Por ello es recomendable leer estas últimas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que a mi juicio resultan interesantes y fijan acertadamente criterios a seguir en esta materia.

En primer lugar, la sentencia 247/2018, de 24 de mayo, que ha sido comentada en esta exposición mereció artículos de periódicos al señalarse que era novedoso que el TS aplicara la perspectiva de género en la acción realizada por el autor consistente en el intento de matarla anulando su capacidad de defensa, lo que determinó la modificación de la tipificación del ilícito penal inicial de tentativa de homicidio por la de asesinato, al intervenir la alevosía sorpresiva. Pero también creo que se aplica, acertadamente, esa perspectiva de género al contemplar a los menores como víctimas de la violencia de género y estimar parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal interesando la privación de la patria potestad de la hija del condenado que presenció los hechos. Esta sentencia viene a reflejar la aplicación de la privación de la patria potestad aunque el ataque no vaya directamente contra el menor pero sí contra su madre, por entender que quién ataca a la madre del menor no puede ser apto para el ejercicio de los deberes como progenitor.

En segundo lugar, importante resulta la fijación de criterio introducida por la Sentencia del Tribunal Supremo 420/2018, de 25 de septiembre, en virtud de la cual se fija el criterio acerca de cuándo se aplica la agravante de género del art. 22.4 CP. Nótese que se trata ésta de una circunstancia de la responsabilidad penal con nota subjetiva encabezada por el elemento de dominación o machismo que se despliega del actuar del ilícito penal, lo que deberá constar en el hecho probado para, de ahí, deducir que concurren los elementos de la agravación de género en cuanto ataque a la mujer por el hecho de ser mujer y como expresión de acto de dominación o machismo. Esta agravante es perfectamente compatible con la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal, dada la condición de agravante de carácter objetiva, lo que permite apreciarla de forma conjunta con la de género.

## **V. BIBLIOGRAFÍA.**

CORERA IZU, Martín. El Decreto sobre la violencia de género y la patria potestad, La Ley 11209, 2018.

DE TORRES PORRAS, Flor. Menores víctimas directas de la violencia de género. Recurso electrónico disponible en: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

GÓMEZ FENÁNDEZ, Itziar. Hijas e hijos víctimas de la violencia de género. Revista Aranzadi

Doctrinal, 8/2018.

LARRAYOZ SOLA, Inés. La agravante de violencia de género por actuar «en presencia» de los hijos no requiere que estos hayan visto la agresión.. Revista Aranzadi Doctrinal, 7/2018.

MAGRO SERVET, Vicente. “Interpretación y alcance del subtipo agravado de cometer el delito en presencia de menores.”. La Ley 6860, 2018.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima. La Ley, 416, 2016.