

CRISIS FAMILIAR, PERSONAS MENORES DE EDAD E INDICIOS DE VIOLENCIA VICARIA¹

M^a Aránzazu Calzadilla Medina
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Laguna
acmedina@ull.es

La crianza del niño en un entorno respetuoso y propicio, exento de violencia, contribuye a la realización de su personalidad y fomenta el desarrollo de ciudadanos sociales y responsables que participan activamente en la comunidad local y en la sociedad en general.

Observación nº 13
Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño (1989)

1. INTRODUCCIÓN

A nivel mundial, la eliminación integral de todo tipo de violencia contra la infancia y la adolescencia es aún hoy en día una tarea pendiente en las sociedades y países. España no escapa a esta realidad, aunque

¹ Este trabajo se adscribe al Proyecto de investigación: "Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros", financiado por PID2019-104226GB-I00/AEI/10.13039/501100011033 del Ministerio de Ciencia e Innovación/Agencia Estatal de Investigación. IP. Rodríguez Guitián, Alma M^a y Benavente Moreda, Pilar. Este trabajo se finaliza el 2 de septiembre de 2022. Esta fecha es la que hay que tener en cuenta en lo que respecta a su contenido."

es cierto que en muchos otros lugares las situaciones de violencia que experimenta la infancia y la adolescencia pudieran calificarse de mayor intensidad que la existente en nuestro país. Piénsese, a modo de ejemplo, en los casos de trabajo infantil en condiciones extremadamente precarias, la prostitución de niñas y niños como situación implementada –en el sentido de que es *vox populi* su existencia en el país, que también se asocia a aquellos en los que hay un alto índice de turismo sexual entre personas adultas–, la no escolarización y las altas tasas de analfabetismo, etc. Sin embargo, y pese a ser ciertamente así, ello no significa que en la sociedad española no se produzcan a diario situaciones que, sin lugar a dudas, generan entornos violentos para nuestra infancia y adolescencia, algunos de ellos de mucha gravedad, pudiendo destacarse por su enorme trascendencia el que pueden sufrir a través de internet y, en especial, el que pueden generar las mal llamadas, a mi modo de ver, “redes sociales”.²

No cabe duda que la violencia experimentada antes de la madurez plena del ser humano cobra un matiz de muchísima mayor gravedad que cualquier otra, tal y como las investigaciones en la materia ponen de manifiesto, en la medida en la que aún se está en desarrollo y este tipo de situaciones pueden afectar de manera recurrente e, incluso, para siempre.³ De esta manera, puede afirmarse que ningún ser

² Los arts. 45 y 46 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia tratan el tema de la violencia mediante las nuevas tecnologías, lo que revela la importancia que tiene en la actualidad a estos efectos. Y señalo que se les denomina incorrectamente “redes sociales” porque son realmente redes tecnológicas: las redes sociales son las que existen entre las personas que se comunican en persona principalmente: las de toda la vida.

³ La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su art. 1 apdo. 2 recoge la siguiente definición de violencia que comparto por ser generalista y recoger las principales manifestaciones de la violencia que pueden ejercerse frente a la infancia y la adolescencia: “A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier

humano debe sufrir violencia a lo largo de su vida, porque toda ella le afectará, sea cual sea, negativamente. Sin embargo, esta afirmación cobra especial importancia y una dimensión diferente si la persona que sufre la violencia es aún menor de edad porque las consecuencias –aún en los casos en que no sea de mucha intensidad– tienen mayor repercusión.

Sentado lo anterior, puede darse un paso más allá y reflexionar sobre la posibilidad de que la persona menor de edad sufra violencia por parte de un familiar. Esta situación genera una vertiente mucho más grave precisamente porque es el entorno familiar en el que el ser humano encuentra un lugar para sentirse seguro y protegido, además de por los importantísimos vínculos afectivos que genera la familia y, en mayor magnitud, quienes conviven diariamente en su ámbito. En este entorno, es posible que la violencia la ejerza un miembro de la familia que conviva o visite regularmente la vivienda familiar (como podría ser, por ejemplo, un hermano frente a otra menor de edad, o el abuelo frente a su nieta, etc.) y, en muchas ocasiones, se vienen a concretar en situaciones gravísimas, tales como sufrir agresiones sexuales, pudiendo llegar a lo más grave de todo que es perder la vida. Todo este escenario se complica aún más porque las personas menores de edad, en muchas ocasiones, no son conscientes de la gravedad de las conductas que sufren precisamente por la confianza que la persona que las lleva a cabo les genera o bien porque aún no han sido formadas para detectar este tipo de intromisiones ilegítimas por contar con poca edad. Todas estas situaciones son reprobables y deben ser perseguidas sin contemplaciones.

caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar". V., con carácter general sobre esta Ley, Rosso (2022).

Pero cuando la violencia es ejercida, en cualquiera de sus manifestaciones, por los progenitores –bien por uno solo o bien por ambos– la situación es de las más graves que puedan darse, precisamente por el vínculo tan estrecho que une a hijos e hijas con sus padres y madres. De esta manera, el que la persona a las que en primer lugar el ordenamiento jurídico confiere el deber de velar por los niños y niñas y, por ende, su patria potestad (art. 154 CC)⁴ sea precisamente quien los pone en una situación de vulnerabilidad extrema al ejercer violencia en su contra –cualquiera que sea ésta– es un problema gravísimo por todo lo señalado y, además, porque difícilmente se podrá dar la voz de alarma⁵ a las autoridades competentes para que puedan actuar, además del indudable daño emocional que va a generarles.

⁴ Los derechos y deberes que constituyen la patria potestad se estructuran en tres pilares: un ámbito personal (velar por la descendencia menor de edad, acompañarla, alimentarla, educarla y procurarle una formación integral), un ámbito patrimonial (administración) y un ámbito de representación. El art. 154 CC: “Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”. V., sobre este artículo el interesante comentario de Yzquierdo (2011), pp. 761-769.

⁵ La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha articulado distintas vías para detectar, lo antes posible, situaciones de violencia que puedan estar sufriendo niñas y niños, por lo que no deja toda la responsabilidad en los padres o las madres. Una muy interesante es la formación en estas temáticas de las personas que habitualmente se relacionan con menores para que puedan dar rápidamente la voz de alarma, destacando la que obligatoriamente debe existir en todos los centros escolares: es el coordinador o

En este trabajo, partiendo de los derechos que amparan a las personas menores de edad con carácter general y, muy en especial, en situaciones como las descritas dada su especial vulnerabilidad, se reflexionará sobre las últimas reformas normativas implementadas en nuestro ordenamiento en esta materia. En especial se plantearán las de varios preceptos del Código Civil que pretenden evitar que, tras la crisis familiar, pueda llegar a ejercerse violencia contra las hijas o hijos menores de edad. Algunas de estas reformas han sido muy cuestionadas jurídicamente –llegando incluso ya al Tribunal Constitucional por considerarse inconstitucionales por diferentes razones–. De la mayoría se han hecho eco los medios de comunicación, con mucha insistencia, por lo que se trata de un tema de máxima actualidad.

2. LA VIOLENCIA VICARIA

Todos los operadores que trabajan día a día en el ámbito de la *violencia de género*⁶ conocen perfectamente que la crisis familiar, ya sea en el marco de un matrimonio o de una pareja de hecho, es un momento crítico pues las estadísticas revelan que es precisamente

coordinadora de bienestar y protección (art. 35). También destacan los deberes de comunicación de situaciones de violencia recogidos en el Título II de la norma.

Por último, ha de destacarse la sensibilización, prevención y detección precoz que recoge la ley, en especial, la prevista en el Capítulo III relacionada con el ámbito familiar (arts. 22 a 25).

⁶ Esta violencia –conforme prevé la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su Exposición de Motivos– se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Según el Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017 (en adelante el Pacto de Estado), la violencia de género es la manifestación más cruel e inhumana de la secular desigualdad existente entre mujeres y hombres que se ha producido a lo largo de toda la historia, en todos los países y culturas con independencia del nivel social, cultural o económico de las personas que la ejercen y la padecen. Disponible en: https://violenciagero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf, consultada: 28 de abril de 2022.

en ese periodo donde la mujer corre el mayor de los riesgos para su propia integridad e incluso su vida. La propia Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha señalado el periodo de crisis familiar como uno de los más delicados.⁷ Esa terrible experiencia –que ha conllevado la muerte de muchas mujeres– así como la investigación realizada en este campo, han hecho que en las últimas décadas se hayan implementado políticas públicas que articulan todo un entramado de recursos en el marco del sistema de prevención, detección y protección. En la actualidad, de esos recursos también se benefician los hijos e hijas que, salvo excepciones que indiquen la no procedencia de esta medida por cuestiones muy particulares, acompañan a sus madres a las distintas unidades a los que las trasladan para protegerlas⁸ cuando se trata de situaciones graves. Los niños y las niñas tienen ya –afortunadamente– la condición de víctimas.⁹

⁷ Art. 28. Situación de ruptura familiar.

⁸ El Informe *Una situación habitual: Violencia en las vidas de los niños y los adolescentes*, elaborado por UNICEF en 2017, 1 de cada 4 menores de 5 años (176 millones) viven con una madre que es víctima de violencia de pareja. Disponible en: <https://www.unicef.es/publicacion/violencia-en-las-vidas-de-los-ninos-y-los-adolescentes>, consultada: 19 de junio de 2022.

⁹ Los pños. 3º y 4º del art. 1 de la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género dispone expresamente: “Así, para garantizar la accesibilidad a los servicios públicos, todas las formas de discriminación interseccional se tendrán en cuenta por parte del personal que presta asistencia a las mujeres víctimas y a sus hijos e hijas menores a su cargo, así como en el reparto de recursos y atención a programas por parte de las Administraciones competentes. Además, todos los recursos para la protección y asistencia recogidos en esta Ley se prestarán tanto a las mujeres como a los menores de edad reconocidos como víctimas de violencia de género, en los términos de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de medidas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”.

A modo de ejemplo, puede consultarse la *Guía de Intervención con menores víctimas de violencia de género* del Instituto Canario de Igualdad. Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias, 2012. Disponible en: https://www3.gobiernodecanarias.org/medusa/campus/doc/htmls/zona_igualdad/Protocolos/documento02.pdf, consultada: 16 de mayo de 2022.

Es precisamente en este escenario –sobre todo, aunque no es el único– en el que se ha detectado que se produce un tipo de violencia específica que consiste en amenazar, de manera explícita o implícita, con atentar contra la integridad o la vida de otras personas a las que ella quiere y, principalmente, contra sus hijos e hijas menores de edad. Precisamente estas amenazas –de mayor o menor intensidad– que como se ha señalado pueden no dirigirse propiamente contra la mujer (aunque también, claro está), son las que muchas veces frenan la decisión de la mujer de romper la relación, pues la mera posibilidad de que pueda ocurrirles algo a sus seres más queridos le llega a producir auténtico terror. Si finalmente, aún así, decide poner fin a la relación, se puede llegar a encontrar un segundo obstáculo: el que su expareja pueda ejercitar los derechos que prevé la ley para con sus hijos e hijas menores de edad: esto es, intentar la atribución de la custodia en exclusiva, o compartida o bien un régimen de visitas y comunicaciones, para, de esta manera, para poder pasar tiempo juntos y tener así un cierto acceso a la madre, llegando incluso, en ocasiones, a impedir y obstaculizar el buen funcionamiento de la relación con la madre (algo que recientemente se ha denominado ya como “violencia vincular”).

Por todo ello, muchas veces la agresión emocional a la madre perdura a pesar de que ésta diera el paso de poner fin a la relación. Pero lo que es aún peor es que esas amenazas puedan llegar a materializarse y que realmente se ejerza violencia, del tipo que sea, contra los hijos e hijas menores de edad, llegando incluso a matarlos con la principal intención de hacerle daño a la madre. En este sentido, como ya apuntaba, la realidad tristemente refleja que es en estos momentos en los que la vida e integridad –incluida la emocional– de los hijos e hijas más peligran.¹⁰ Esta es la violencia “por sustitución” o “por interpósita persona” que ha sido denominada como *violencia vicaria*, expresión que fue acuñada por la psicóloga Vaccaro (2021).

¹⁰ Porter y López-Angulo (2022).

El propio 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 (Convenio de Estambul) –ratificado por España en 2014– ya recogió en su art. 31 medidas específicas al efecto: “1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. 2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños”.

En España, ninguna norma estatal, hasta el momento, ha empleado esta expresión, pero sí aparece en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017¹¹ y también en algunas normas autonómicas. Concretamente el art. 3 de la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista –tras su reforma por la Ley 17/2020, de 22 de diciembre–, recoge *in fine* una definición de la *violencia vicaria* como un tipo de violencia machista y, más específicamente como aquella que “consiste en cualquier tipo de violencia ejercida contra los hijos e hijas con el fin de provocar daño psicológico a la madre”. El apartado 3 del citado precepto añade que “se entiende que las diversas formas de violencia machista son también violencia contra la mujer cuando se ejerzan con la amenaza o la causación de violencia física o psicológica contra su entorno afectivo, especialmente contra los hijos e hijas u otros familiares, con la voluntad de afligir a la mujer”. De manera específica, la Exposición de Motivos del Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre,

¹¹ Concretamente, la medida 139 del citado Pacto del Estado contra la Violencia de Género consideró adecuado hacer extensivos los apoyos psicosociales y derechos laborales, las prestaciones de la Seguridad Social, así como los derechos económicos recogidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, a quien haya padecido violencia vicaria o violencia por interpósita persona.

de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria, señala que “(...) es necesario establecer medidas que los beneficien de una manera efectiva y que permitan la disminución del riesgo o peligro hacia su persona, por medio de resoluciones judiciales que prohíban las estancias con el padre que ejerce la violencia vicaria”. Por su parte, Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género –tras su reforma por la Ley 14/2021, de 20 de julio–¹², introduce un nuevo párrafo en el art. 1.2 de la citada norma que dispone: “Se incluye dentro del concepto de violencia de género la violencia vicaria, entendida esta como el homicidio, asesinato o cualquier otra forma de violencia ejercida sobre las hijas o hijos de la mujer, así como sobre cualquier otra persona estrechamente unida a ella, con la finalidad de causarle mayor daño psicológico, por parte de quién sea o haya sido su cónyuge o por quien mantuvo con ella una relación análoga de afectividad aun sin convivencia”.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, ya hay sentencias a nivel autonómico que recogen la expresión, pero también a nivel estatal y europeo. De manera idéntica al enfoque planteado de lo que es la

¹² Su Exposición de Motivos refiere como *violencia vicaria* aquella que se ejerce sobre la mujer con el fin de causarle el mayor y más grave daño psicológico a través de terceras o interpósitas personas y que consigue su grado más elevado de crueldad con el homicidio o asesinato de esas personas (hijos e hijas, madre, padre, pareja actual etc.). Señala además el legislador gallego que cada vez hay más estudios, informes y jurisprudencia en los tribunales que, en aplicación de lo establecido en el artículo 49.2 del 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 (Convenio de Estambul), aplicando en consecuencia la perspectiva de género, reconocen y se pronuncian al respecto de estos casos como una manifestación más de violencia de género, pues los estudios están demostrando que la única finalidad de tales actos es causar el mayor sufrimiento psicológico y en la salud de la mujer que sufre este tipo de violencia vicaria, de forma que reconocer el homicidio, asesinato o cualquier otra forma de violencia ejercida sobre las hijas o hijos de la mujer, así como de cualquier otra persona estrechamente unida a ella, con la intención de causarle el máximo daño y padecimiento, supone afianzar el estatuto de protección integral de víctima de violencia de género.

violencia vicaria, puede citarse la STS 684/2021, Sala 2ª, de 15 de septiembre de 2021 (RJ/2021). Un caso reciente planteado a nivel europeo es el que recoge la STEDH Gran Sala, *Kurt c. Austria*, núm. 62903/15, de 15 de junio de 2021 donde, tras la separación, el padre mató a uno de sus hijos en el colegio, pese a que la madre denunció que tal situación podría llegar a ocurrir al haber sufrido violencia de género.¹³

De lo señalado hasta ahora, surge un primer interrogante: ¿este tipo de violencia sólo la pueden ejercer los hombres o también es posible que se de en el marco de la violencia doméstica y, por ende, puedan también llegar a ejercerla las mujeres? Las normas y resoluciones señaladas se manifiestan en el ámbito estricto de la protección de las mujeres víctimas de violencia machista y no dejan atisbo alguno sobre la respuesta a la que ha de llegarse en la medida en la que únicamente hablan de hombres como agresores. La propia Vaccaro (2021), circunscribe el empleo de la expresión “violencia vicaria” exclusivamente a los casos en los que es el hombre el agresor.

Sin embargo, el legislador estatal, a la hora de reformar el Código Civil, sitúa a la *violencia de género* en el mismo plano que la *violencia doméstica* o *intrafamiliar* (que es la que se produce en la casa y que puede ser ejercida y sufrida por cualquiera de las personas que componen la unidad familiar incluida la mujer)– en lo que a este tipo de violencia se refiere, por lo que para el legislador estatal, el ejercicio de esta modalidad de violencia por sustitución puede realizarlo tanto el padre como la madre.¹⁴

¹³ V., sobre esta sentencia, los interesantes comentarios en García de Murcia (2021), pp. 30-312.

¹⁴ Desgraciadamente la realidad nos revela casos que corroboran esta afirmación. El caso de Jordi, de 11 años de edad, que fue presuntamente asesinado por su padre en el marco de un régimen de visitas, en la localidad de Sueca (Valencia) a principios del año 2022. Disponible en: <https://www.epe.es/es/igualdad/20220404/asesinato-violencia-vicaria-feminicidio-violencia-machista-menores-sueca-13473642>, consultada: 28 de julio de 2022. O el caso de la niña catalana Yaiza, de cuatro años, a la que su madre mató para, según manifestó ella en una carta manuscrita “porque has hecho que me quite la vida, pero vas a llorar la muerte de tu hija. La última palabra la tienes tú. Decide si la entierras o la incineras”. Disponible en: <https://www.clm24.es/>

Por tanto, hay que concluir que nada impide que pueda llegar a darse también en el ámbito de la *violencia doméstica*, si bien los casos revelan una situación de base muy diferente a la de la violencia de género, obviamente, porque aunque ambas son violencias (de género y doméstica), los estudios revelan trascendentales diferencias en las mismas.¹⁵

El objetivo que trasciende a igualar, en los que a este aspecto se refiere, a ambos tipos de violencia es loable: se persigue, con ahínco, el llegar a un nivel de “violencia cero” para los niños y las niñas¹⁶ y, para ello, no se mira el sexo de quien agrede ni porqué lo hace porque es indiferente quien ejerza violencia en su contra: lo importante es que no se dé y que no la sufran ni de manera directa ni “indirecta”.¹⁷

articulo/unknown/violencia-vicaria-yaiza-nina-asesinada-madre-carta-padre-yaiza-aqui-tienes-que-mereces-decide-entierras-incineras/20210620131610322648.html, consultada: 28 de julio de 2022.

El *Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y doméstica en el ámbito de la pareja o expareja*, del año 2019 –elaborado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género y disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Informe-sobre-victimas-mortales-de-la-violencia-de-genero-y-domestica-en-el-ambito-de-la-pareja-o-expareja-en-2019> (fecha de la última consulta: 23 de mayo de 2022)– revela que, entre el año 2013 y el año 2019, murieron en España 36 menores a manos de sus propios padres biológicos o de las parejas o exparejas de sus madres, sin que se señale cuántos los fueron a manos de sus madres o parejas de sus padres. Recoge también el estudio que en España 1.678.959 menores vivían con mujeres que estaban sufriendo violencia machista.

- ¹⁵ Excede de este trabajo hacer una valoración integral de las diferencias trascendentales que diferencian a la violencia de género y a la violencia doméstica, por lo que se parte de que el lector está formado en estas temáticas. Lógicamente de no estarlo se podrá llegar a disentir de lo que aquí se recoge, si bien, es imprescindible una formación en igualdad con perspectiva de género para poder trabajar en estos temas.
- ¹⁶ De hecho, la ley ya recoge como indicador de riesgo la exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género (art. 17.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- ¹⁷ Ser testigo de la violencia es una forma de abuso psicológico contra el niño o niña con consecuencias potencialmente muy graves en su ajuste psicosocial. V., entre otros muchos, la Resolución 1714 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre niños y niñas testigos de violencia doméstica.

3. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA A VIVIR EN UN ENTORNO LIBRE DE CUALQUIER TIPO DE VIOLENCIA

Este principio ha sido reconocido tanto a nivel internacional como en nuestra normativa nacional y autonómica en el sentido de que deberá atenderse en todo caso, a la hora de adoptar una decisión, a lo que interese más a la persona menor de edad y no a lo que pueda llegar a interesar a cualesquiera otras, incluidos, como no puede ser de otra manera dada la configuración de este principio sus propios progenitores. Entre otras muchas cuestiones, y sobre todo tras la entrada en vigor de las recientes reformas, el principio exige que la vida de la persona menor se desarrolle en un entorno libre de violencia y, por supuesto, esto incluye el entorno familiar.

El propio art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 lo deja claro: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Como afirma Cillero (2020), desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Nuestra Carta Magna recoge un principio de protección que se deriva del artículo 39.2 y 4 (STC 99/2019, de 18 de julio, F.J. 7º). Este principio se encuentra recogido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸ tras su re-

¹⁸ A continuación se transcribe literalmente el contenido del art. 2, por su importancia para este estudio:

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Los anteriores elementos deberán

forma por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.¹⁹ También se

ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. 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. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”.

¹⁹ El Preámbulo de la LO 8/2015 expone cómo la indeterminación del principio ha conllevado a interpretaciones distintas y no siempre uniformes cuando recoge que: “(...) Por una parte, es 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. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera 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. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

reformó en ese mismo año, en otras cuestiones, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El legislador procedió a determinar qué es el interés superior de la persona menor de edad, dejando de ser, por tanto, un concepto jurídico indeterminado –partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años así como de los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial–.

En su apdo. 4 pfo 2º recoge, además, 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”.

4. LA CRISIS FAMILIAR Y LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

Como ya tuve ocasión de poner de manifiesto en un trabajo anterior,²⁰ ni qué decir tiene que cuando se acredite en el correspondiente procedimiento judicial que el padre o la madre haya atentado (habiéndolo conseguido o no) contra la integridad física de hijos o hijas menores de edad, no podrá serle concedida la custodia, máxime porque lo que procederá es precisamente todo lo contrario pudiendo llegar a privársele de la patria potestad.²¹ Estos supuestos están fuera de toda duda, ya sea hombre o mujer quien haya realizado esos actos de violencia. Atrás quedaron ya esos posicionamientos que se han mantenido, con distintos matices, a lo largo de los siglos donde los niños y las niñas eran considerados una especie de “cuasipropiedad” de su padre (mucho más que de su madre). Los últimos vestigios normativos llegaron a su fin tras la eliminación de nuestro Código Civil no sólo el castigo sino, en

²⁰ Calzadilla (2021), pp. 193-228.

²¹ V., Castillo (2010); Reyes (2021).

el año 2007, de la facultad de corrección.²² También ha ido cediendo, poco a poco, la idea de que lo que pasa en el entorno familiar es algo que sólo incumbe a quienes lo conforman –aunque este estereotipo aún no ha cambiado del todo en muchos sentidos, sin que tenga nada que ver con el necesario y adecuado planteamiento que ofrece el principio de intervención mínima en los asuntos familiares–.²³

En la actualidad, los niños y las niñas son auténticos sujetos de derecho reconocidos como tales por normas internacionales, europeas y, por supuesto, por nuestro ordenamiento jurídico. En especial hay que recordar la importancia que tiene el respeto a su derecho a ser oídos y escuchados en todos los procedimientos que les conciernen siempre que tengan suficiente madurez.²⁴ Ciertamente, la adquisición paulatina de capacidad volitiva, de raciocinio, implicará un progresivo reconocimiento del ejercicio que pueden llevar a cabo a medida de sus derechos y obligaciones, a medida que crece y se desarrolla.

De esta manera, se han ido promulgando distintas reformas penales y civiles en los últimos años.²⁵ Muchas de ellas traen causa en recomendaciones llevadas a cabo por organismos internacionales –y también nacionales– de distinta entidad.²⁶

²² La DF 1ª de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional modificó el art. 154 CC para suprimir la facultad de corrección.

²³ Ravetllat (2015), pp. 3-13.

²⁴ Art. 92. 2 CC: “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”.

²⁵ Debe articularse una coherencia perfecta entre los pronunciamientos civiles y penales. Peral (2018), p. 143.

²⁶ El Comité de las Partes del Convenio de Estambul, en sus últimas recomendaciones a España, el 15 de diciembre de 2020 (disponible en: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/spain>, consultada: 1 de marzo de 2022), señalaba la necesidad de que España mejorara “(...) the collection of data at all stages of the criminal justice system as well as on divorce and child custody decisions in order to assess how courts ensure the safety of women and children affected by domestic violence in that context (paragraph 63)”.

Son particularmente relevantes las llevadas a cabo en nuestro Código Civil en el marco de la crisis familiar, en especial, en lo que respecta a la patria potestad y a la constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones,²⁷ todo ello en el marco de distintos derechos reconocidos con carácter general –incluso internacionalmente–, tanto a las personas menores de edad como a sus progenitores. Concretamente el art. 65 (de las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores) de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio– recoge incluso la suspensión de la patria potestad para preservar la integridad de los menores cuando concorra este tipo

Por su parte, GREVIO (2020), pp. 71-72, tras un concienzudo análisis de distintos datos, instó a las autoridades españolas a que emprendan las medidas necesarias, si es necesario a través de modificaciones legislativas y formación, para, entre otras cuestiones: “a. limitar el margen de discrecionalidad judicial, tanto penal como civil, en aquellas decisiones que tengan que ver con la custodia y los derechos de visita de los culpables de violencia ejercida en el ámbito de la pareja, con respecto a aquellos que están en espera de juicio y en los casos en que se haya reunido pruebas suficientes para confirmar el abuso del niño o la madre; b. actualizar las directrices dirigidas a jueces sobre la implementación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género con el objetivo de mejorar la proactividad de los jueces en la identificación y documentación del impacto de presenciar actos de violencia en los menores, incluyendo la búsqueda proactiva de información en los servicios de apoyo a las mujeres, en los lugares de encuentro familiares, en las fuerzas y cuerpos de seguridad, además incluir, si resulta pertinente, a los menores en las órdenes de protección; c. mejorar la coordinación y colaboración entre los tribunales y los servicios que asisten a las mujeres víctimas de la violencia y a sus hijos (servicios especializados para mujeres, servicios sanitarios y de protección social, puntos de encuentro familiar, etc.); d. asegurar que todos los profesionales implicados, en particular los jueces y el personal de los lugares de encuentro y servicios de asistencia familiar, estén capacitados para reconocer que el interés superior del menor peligran cuando presencian actos de violencia contra una madre; (...) Se debe defender la importancia de cualquier información recibida a raíz de esta obligación, para que los tribunales puedan revisar o reconsiderar sus decisiones sobre las visitas, si fuese necesario”.

²⁷ Muñoz (2021), pp. 193-219.

de violencia,²⁸ algo lógico ya que la patria potestad no ampara este tipo de conductas de ninguna manera.²⁹ Tampoco, por supuesto, si lo que concurriera fuera violencia doméstica.

Sobre la atribución de la custodia, una vez acaecida la ruptura de la convivencia familiar, el art. 97.6 del Código Civil dispone, tras las últimas reformas, con carácter general que antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. También, establece el citado precepto –en su apdo. 9– que antes de decidir podrá recabar dictamen de especialistas, debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.

Específicamente el art. 92.5 del Código Civil se refiere a la constitución de la custodia compartida cuando dispone: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”.³⁰

²⁸ El art. 65 (De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores) dispone: “El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.”.

²⁹ Calzadilla (2017), pp. 25-60.

³⁰ Aunque hay que tener en cuenta que el art. 92.8 CC prevé que excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez,

Ahora bien, lo que interesa a este trabajo es recoger qué sucede con la atribución de la custodia en los casos en los que, sin haber condena en firme por violencia, hay indicios de que pueda haberla habido o, lo que es aún más delicado, que pueda darse en un futuro. He aquí el *quid* de la cuestión, el tema realmente controvertido, sobre todo, por el difícil encaje que tiene para un sector doctrinal el impedir la relación con los hijos e hijas menores y el derecho a la presunción de inocencia, en la medida en la que el Código Civil ampara los referidos indicios como presupuestos suficientes para que el juez civil no pueda establecer la guarda y custodia conjunta.

Ello se lleva a cabo en el art. 92.7 del Código Civil que establece, de manera imperativa: “No procederá la guarda conjunta³¹ cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de

a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Por tanto, puede instituirse aún en los casos en los que no se haya solicitado, si bien, es jurisprudencia consolidada que debe existir una relación buena y cordial entre los progenitores porque de lo contrario no funcionará en la práctica, como apunta claramente, entre otras muchas, la STS de la Sala de lo Civil (Sección 1ª), de 4 de febrero de 2016 (núm. de recurso de casación 3016-2014): “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

³¹ Llama poderosamente la atención que no se recoja expresamente en la ley la atribución de la custodia individual a un progenitor que esté incurso en un proceso penal relacionado con la violencia doméstica o de género, pero sí se recoja la prohibición de otorgar la custodia compartida. *A priori* sería incluso más grave la atribución en exclusiva, si bien considero que con una interpretación sistemática, a *sensu contrario* y a la luz de todas las normas que protegen a la infancia y adolescencia es absolutamente imposible, en estos casos, otorgar la custodia individual, aún cuando el Código Civil no lo haya previsto expresamente. Y ello se debe, precisamente, a que esta posibilidad está vetada al órgano judicial dado el marco legal, como señalaba, actualmente vigente.

los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.³²

Contra este precepto se presentó una cuestión de inconstitucionalidad, concretamente la n.º 4701-2020³³ planteada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera en relación con el inciso primero del artículo 92.7 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Esta ha sido recientemente inadmitida, por indebida formulación del juicio de relevancia, por la Sentencia del Tribunal Constitucionalidad 98/2022, de 12 de julio de 2022.³⁴ Es interesante señalar que tanto la Abogacía del Estado como la Fiscal General del Estado solicitaron la desestimación de la cuestión, analizando el fondo, por considerar que no era inconstitucional el precepto.

En otro orden de cosas, hay que destacar que deben ser al menos dos los indicios con los que se cuente, pues la ley emplea la palabra “indicio” en plural. No valdría por tanto, en ningún caso, sólo uno, sino que se precisarán dos o más.

A mi modo de ver, el legislador –aún sin reconocerlo expresamente, porque no emplea la expresión “vicaria”– está estableciendo unas previsiones normativas que permiten atender situaciones de *violencia vicaria*, pero *ex ante*, porque tras la condena y la extinción de la responsabilidad penal (*ex art. 136 CP*), ya sí se podría fijar la guarda y

³² Este inciso fue introducido por el art. 1.3 de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

³³ BOE N.º. 332, de 22 de diciembre de 2020.

³⁴ BOE N.º. 195, de 15 de agosto de 2022.

custodia compartida, siempre y cuando proceda conforme al interés superior de la persona menor.³⁵

El último inciso del precepto, referido al daño que pueda llegar a hacerse a las mascotas, ha sido uno de los temas más polémicos. La Exposición de Motivos de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, recogió el sentido de la reforma: atendiendo al vínculo existente y la concurrencia entre los malos tratos a animales y la violencia doméstica y de género y el maltrato y abuso sexual infantil, se contemplan limitaciones a la guarda y custodia en casos de antecedentes por maltrato animal ejercido como forma de violencia o maltrato psicológico contra aquellos. Por tanto, no ya solo se prevé la existencia de indicios de violencia contra los hijos o las hijas sino que también, si concurren éstos para con las mascotas, no procederá la guarda y custodia conjunta –y, por ende, por las razones antedichas, la guarda y custodia en exclusiva–.³⁶

³⁵ V. un reciente caso en el que el TS se pronuncia en este sentido en la STS de 28 de marzo de 2022, Sec. 1ª, nº 228/2022 (rec. 1941/2021), donde estableció que “Dado que de acuerdo con el art. 136 del Código Penal procede la cancelación de los antecedentes delictivos a los seis meses, debemos concluir que no es computable la condena como óbice para el establecimiento de la custodia compartida, al no estar incurso el Sr. Celso en una condena penal, por lo que cuando la Audiencia Provincial fijó el sistema de custodia compartida, no infringió el art. 92.7 del CC. A ello debe añadirse que la hoy recurrente se mostró conforme con el amplio régimen de visitas fijado al padre de fines semanas alternos y dos tardes entre semana con pernocta, lo cual evidencia que lo consideraba apto para una convivencia amplia con los hijos”.

³⁶ V., sobre este tema, por todos, Magro Servet (2022) y Waa (2022).

5. LAS VISITAS Y LAS COMUNICACIONES ANTE INDICIOS DE VIOLENCIA VICARIA

5.1 El régimen de visitas y comunicaciones debe respetar siempre el interés superior de la persona menor de edad

La fijación y el mantenimiento de un régimen de visitas y/o de comunicaciones –de la misma manera que todas las instituciones que se constituyan para con una persona menor de edad– debe tener siempre en cuenta, en primera y última instancia, la protección del interés superior del niño o la niña, constituyendo además un auténtico derecho, tal y como recoge el primer inciso del art. 160 CC en su primer apartado: “Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161”.

Ya he tenido ocasión de exponer³⁷ que la esencia misma del derecho no es otra que el dar cumplimiento al que tiene la persona menor de edad de relacionarse y convivir con sus progenitores y con aquellas a las que está vinculado jurídica y/o familiarmente, facilitando de esta manera su desarrollo integral. Es, por tanto, el beneficio del menor de edad (*favor filii*, V. SSTs de 21 de julio de 1993 y la de 17 de julio de 1995, entre otras muchas), la razón de la existencia del mismo, por lo que, de no mediar un interés claro, deberá procederse a su denegación. No obstante, sin dejar de ser esto cierto, también es incuestionable que paralelamente existe en la persona titular del derecho de visita, un auténtico derecho.³⁸

³⁷ Calzadilla (2011), pp. 571-578. Un sector doctrinal llega a considerar, incluso, como un verdadero derecho de la personalidad al entender que deriva del mismísimo Derecho natural.

³⁸ Desde esta perspectiva, se entiende que la doctrina haya venido configurando este derecho como un derecho-deber (derecho para el titular que lo ejerce, que tiene el deber de ejercerlo porque hay alguien que tiene derecho a ello: el menor de edad). Se

En este sentido se pronuncia el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 cuando prevé: “Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Por su parte, el art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño (aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992) hace depender la existencia del derecho a que las visitas interesen realmente a la persona menor: “En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño”. Por su parte, el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 recoge: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.³⁹

En cualquier caso ambas posiciones (el derecho de los hijos e hijas a relacionarse con sus progenitores y el derecho de ambos progenitores a relacionarse con su descendencia menor de edad) no son contradictorias ni antagónicas entre sí, más bien al contrario: son las dos caras de una misma moneda que se complementan y encajan a la perfección, eso sí, cuando no hay atisbo alguno de violencia. Ahora bien, como se ha recalcado, el derecho de las hijas e hijos se enmarca siempre, por imperativo legal en el respeto a la protección de su

trata por tanto de un derecho, que por su propia naturaleza, no puede ser renunciado de forma irrevocable, ni objeto de transacción, dado el carácter de orden público de las normas familiares: en la relación paterno-filial, coexisten elementos de carácter afectivo y naturaleza personal (como la obligación de velar por los hijos y educarlos), que implica una relación directa y personal entre unos y otros. Rivero (2000).

³⁹ Los subrayados son nuestros.

interés superior, por lo que en ningún caso puede argumentarse el dar cumplimiento al del progenitor o familiar sin tener en cuenta el referido interés: sólo cuando efectivamente las visitas constituyan un verdadero beneficio para el menor, éstas podrán ser concedidas.⁴⁰ Única y exclusivamente en ese supuesto.

5.1 Régimen de visitas y comunicaciones en situaciones de posible violencia: el art. 94 del Código Civil

En el ámbito de la violencia de género, el art. 66 (de la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores) de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio– refiere la suspensión del régimen de visitas para preservar la integridad, en el sentido más amplio de la expresión, de los niños y las niñas.⁴¹

Por su parte, el art. 94 del Código Civil –reformado por el art. 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica – establece con carácter general, mediante el empleo de imperativos⁴² y tanto para los casos en los que se esté incurrido en un procedimiento penal como cuando haya indicios de que pueda haber violencia doméstica o violencia de género, la impo-

⁴⁰ V., entre otras, la STS 16 julio 2004 (RJ 2004\4382).

⁴¹ El art. 66 (De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores) prevé: “El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

⁴² Por ello, ya se han calificado a estas normas como de auténticos “automatismos” pues limitan considerablemente la discrecionalidad al órgano judicial.

sibilidad de que el juez civil (y, por ende, en un procedimiento civil) fije un régimen de visitas.⁴³ Literalmente dispone: “La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. (...) La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor (...) y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior. (...) La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad”.

⁴³ Por su parte, el art. 544 *ter* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –reformado a su vez por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia–, establece que el juez penal ha de llevar a cabo una valoración cumulativa de criterios apegados a la adopción de la orden de protección y a los presupuestos de la misma, reclamando además la existencia de indicios fundados de que los niños y las niñas han presenciado, sufrido o convivido con la situación de violencia determinante de la orden de protección.

Por tanto, cuando se está incurrido en un procedimiento penal o bien el juez civil tiene indicios de que pueden haberse cometido los ilícitos penales que relaciona el artículo 94, el órgano judicial no podrá establecer en ningún caso el régimen de visitas.

El legislador ha predeterminado *ope legis* qué es el interés superior en estos casos: no estar con nadie, ni siquiera con uno de sus progenitores, si se “sospecha” que esa persona ha podido ejercer violencia contra el niño o la niña o, incluso, que pueda llegar a ejercerla en un futuro. Esta sería, expuesta de manera muy resumida, la regla general para todos los casos, aunque la ley recoge también una importante excepción mediante la que el juez puede motivadamente argumentar que el interés de ese niño o niña es otro y, por tanto, le faculta para que aún mediando esos indicios, establezca el régimen de visitas –una vez se haya realizado una evaluación de la situación familiar–.⁴⁴ De esta manera, estará motivando la procedencia del establecimiento del régimen –para muchos, estará motivando la concesión de un derecho⁴⁵ algo que jurídicamente, como era de esperar, ha hecho saltar todas las alarmas–. Sin embargo, considero que ninguna sorpresa debería causarnos si se tiene siempre presente que la existencia de dicho derecho queda supeditado a que al niño o la niña le convenga la relación y, por ende, el establecimiento de las visitas y las comunicaciones. Dicho con otras palabras, a mi juicio, el eje vertebrador de todo este sistema cuenta con una premisa inicial que hace depender absolutamente la constitución de todo el régimen y, esta es, precisamente, que a la persona menor le interesen las visitas y las comunicaciones.⁴⁶

⁴⁴ No podrá, empero, cuando se esté en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos referidos, dado que el legislador ha utilizado la expresión “en ningún caso”.

⁴⁵ Es interesante reflexionar sobre cómo operará esta excepción en la práctica en el sentido de si no se convertirá en la norma general, es decir, que los órganos judiciales la utilicen muy frecuentemente, por lo que, de ser así, nada habrá cambiado realmente.

⁴⁶ V., Macías (2006), pp. 615-618; Magro (2021), pp. 46-47.

La pregunta que ha de plantearse es la siguiente: ¿interesa al niño, niña o adolescente con alguien de quien hay indicios⁴⁷ de que ha ejercido violencia contra ella o bien que puede llegar a ejercerla en un futuro? Estoy convencida de que si este interrogante se le plantea a cualquier madre o padre la respuesta sería rotunda: no, en ningún caso. Nadie quiere ni por asomo exponer a su hijo o hija a estar con una persona de la que hay indicios de que puede llegar a ser violenta. Lo mismo respondería, con seguridad del 100% cualquier experto o experta en la materia.

Ahora bien, la cuestión es que no se trata de “cualquier persona” sino que es una de las centrales en la vida del niño o la niña: uno de sus progenitores a quien además ampara a su vez un derecho paralelo a relacionarse con su descendencia menor de edad además del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE). A ello hay que sumar que el escenario en el que suele plantearse este debate es el de la crisis familiar, estando las partes enfrentadas. Éste es, y no otro, el eje del problema que se plantea día a día en cualquier juzgado o tribunal que tiene que pronunciarse sobre este tipo de medidas. ¿Es acorde a derecho que unos “simples” indicios puedan impedir la relación entre un progenitor y su descendencia menor de edad? ¿Y el derecho a la presunción de inocencia? ¿Es constitucional la reforma? ¿Qué criterios utilizará, partiendo de lo previsto en la normativa aplicable, el órgano judicial competente en cada caso para valorar si procede o no la constitución de un régimen de visitas y comunicaciones a la vista de que cuenta con tal posibilidad recogida en la excepción legalmente prevista?⁴⁸

Para contestar a estos interrogantes es interesante traer a colación algunas normas, resoluciones e informes que se pronuncian específicamente sobre este asunto. La Exposición de Motivos del Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación del libro segundo del

⁴⁷ Y no valdría sólo uno, sino siempre dos o más al emplearse el término en plural.

⁴⁸ V., sobre este tema, el trabajo de Picontó (2018), pp. 121-156.

Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria – en la que el legislador catalán se manifiesta con claridad abrumadora al afirmar con rotundidad, entre otras cuestiones– que: “(...) la aplicación que hacen los tribunales de la regulación vigente a menudo prioriza que las relaciones personales entre los progenitores y los hijos e hijas no se rompan. El modelo del que parten es que, con fundamento en el principio del mejor interés de la persona menor, hay que mantener las relaciones personales con el padre incluso en los casos de violencia machista. Este es un criterio basado en estereotipos, como ha señalado el Comité CEDAW en su decisión sobre el caso *González Carreño v. España*, que considera la bondad del vínculo filial prescindiendo de valorar la adecuación de la persona para cumplir sus responsabilidades parentales, que elude su conducta violenta, psicológicamente y físicamente, hacia la madre y no tiene en cuenta su comportamiento, lo que no se puede admitir en ningún caso y, en especial, en los supuestos de violencia machista”.

Precisamente el Dictamen del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW)⁴⁹ (en adelante el Comité), adoptado en su 58º período de sesiones (30 de junio a 18 de julio de 2014 - Comunicación 47/2012)–, a raíz del caso de Ángela González Carreño,⁵⁰ sostuvo que, los órganos judiciales españoles actuaron con una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal confiriendo ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva,

⁴⁹ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) es un tratado internacional adoptado en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En esta materia, también fue muy importante a nivel internacional la aprobación en 1993 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres (por medio de su resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993).

⁵⁰ Ángela González Carreño denunció a España precisamente porque en su momento se constituyó un régimen de visitas sin supervisión sobre su hija menor de edad a la que el padre, cuando se encontraba disfrutando de dichas visitas, mató para posteriormente suicidarse. V. sobre este caso, entre otros muchos, Lousada (2015), pp. 6-15.

afirmando que "(...) en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica".⁵¹

En un sentido prácticamente idéntico se ha manifestado recientemente el Informe *The impact of intimate partner violence and custody rights on women and children*, aprobado en octubre de 2021⁵² por el Parlamento Europeo que concluye que las disputas por la custodia de los hijos e hijas constituyen una forma de violencia cuando un progenitor violento las utiliza para seguir dañando a sus víctimas: "(...) tanto la protección de las mujeres y los niños frente a la violencia como el interés superior del menor deben prevalecer siempre frente a otras consideraciones a la hora de regular la custodia y los derechos de visita".

En España, el informe de Save the Children (2011), p. 62-63, afirma que: "La violencia de género no resulta un factor determinante en las

⁵¹ Su apartado 9.4 recoge, además, lo siguiente: "El Comité observa que durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento de F.R.C. Las decisiones pertinentes no traslucen un interés por parte de esas autoridades de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. También se observa que la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de la autora y su hija, y que el continuo impago por parte de F.R.C. de la pensión de alimentos no fue tenido en consideración en este marco. Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad. A este respecto, el Comité recuerda que, en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita, el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica".

⁵² Disponible en: <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printficheglobal.pdf?id=708754&l=en>, consultada: 26 de mayo de 2022.

sentencias de los juzgados de instancia sobre régimen de visitas. La violencia de género no resulta determinante en la concesión o denegación de régimen ordinario con entregas y recogidas en el domicilio familiar. Si bien el régimen ordinario con Punto de Encuentro se decreta el doble en los JVM que en los JF, este régimen no llega al 11%, mientras el ordinario con entrega a domicilio se decide en el 25,53% de las sentencias de instancia de los JVM. Tampoco existen diferencias respecto a la decisión de suspender el régimen de visitas, medida que incluso se decide en un porcentaje ligeramente mayor en los JF: en la decisión de suspender el régimen de visitas tienen más peso las adiciones y conductas desordenadas del padre que la violencia género, salvo que se trate de agresiones directamente cometidas contra los hijos e hijas”.

Se deduce, de todo lo expuesto, que de lo que se trata en primer lugar (siempre en primer lugar) es evitar a toda costa que la infancia y la adolescencia menor de edad sufra violencia. Y esto es precisamente lo que ha tratado de hacer la reforma.

Es interesante señalar, por otro lado, que tanto del art. 92.7 CC (guarda y custodia compartida), que ya se comentó, como del art. 94.4 CC se ha planteado formalmente su inconstitucionalidad. Concretamente se presentó la cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 94.4 CC por la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Móstoles, en lo que respecta a la posible vulneración de la presunción de inocencia que ampara a todas las personas, planteándose que se han podido vulnerar los art. 10.1, 14, 24.2, 39.2 y 81.1 de la CE.⁵³ Asimismo el grupo parlamentario VOX presentó un recurso de inconstitucionalidad. Sobre esta cuestión y este recurso el Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciado si bien los medios de comunicación se han hecho eco de que no serán estimadas.

⁵³ V., en sentido similar, si bien sobre el art. 92.7 CC, Ureña (2016), pp. 9-10.

Desde luego, el equilibrio entre las dos posiciones es delicado y difícil de armonizar en la situación planteada: el que haya indicios de que se pueda llegar a ejercer violencia contra el hijo o la hija en el contexto del régimen de visitas sin supervisión (es decir, fuera del marco de los puntos de encuentro familiar). Por un lado, se encuentra la posición del progenitor no custodio titular del que se puede llegar a cuestionar el mantenimiento de la patria potestad o, en su caso, si procede fijar a su favor un régimen de visitas y comunicaciones y, por otro, el principio de protección del interés superior de la persona menor de edad a vivir en un entorno libre de todo tipo de violencia frente a cualesquiera otros con los que concurra.

Considero que el hecho de que se recoja una excepción a esa regla general (que puede utilizar el órgano judicial y conceder las visitas) impide que se hable de automatismos sin más. Por ello, ha de partirse –tal y como yo propongo y considero– de que la efectividad práctica del derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos e hijas se encuentra condicionado a que previamente se constate que dicha relación interesa a los y las menores. De esta manera, la reforma no ha de ser considerada inconstitucional porque pone en el centro del sistema la protección jurídica del interés superior de la infancia y la adolescencia menor de edad a estar en un entorno libre de violencia, además de que el órgano judicial podrá valorar dichos indicios y, aún concurriendo, de no considerarlos de entidad en atención a las circunstancias del caso concreto, puede llegar a constituir el régimen. No ha de valorarse la situación desde la óptica del padre o la madre, sino desde el punto de vista del interés de los hijos e hijas menores de edad a quienes, en ningún caso, interesa estar en un entorno de posible violencia, sea cual sea –y no hay que olvidar que, como ya se apuntó, la que pueden llevar a cabo los y las progenitoras es de la más grave para la persona menor–.

Por último considero que hay una herramienta muy importante a la que no se le ha reconocido el importante papel que puede llegar a desempeñar en este ámbito: los Puntos de Encuentro Familiar.

Habría que reforzarlos –ya que no existen en todo el territorio y, en muchos casos están infradotados– para poder acudir a ellos y fijar regímenes de visitas con supervisión para los casos dudosos o leves (nunca los graves, porque en estos supuestos, no puede constituirse las visitas ni las comunicaciones).⁵⁴

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto pueden extraerse, sucintamente, las siguiente conclusiones.

Primera. Las reformas han venido propiciadas por distintas normas, resoluciones y dictámenes a nivel internacional y europeo que han venido instando a España a impulsar medidas que impidan la concesión de guardas y custodias así como de visitas y comunicaciones en situaciones en las que los niños y las niñas pueden llegar a sufrir violencia. Todo ello refuerza la necesidad de utilizar la perspectiva de los derechos de la infancia y la adolescencia de una manera muy particular cuando es posible que se hayan dado o que puedan llegar a darse situaciones de violencia, dadas las gravísimas consecuencias que a esas edades tan tempranas genera la violencia, algo que se ve aún aumentado si quien la ejerce es precisamente uno de

⁵⁴ Grevio (2020), pp. 71-72, ya consideró adecuado reforzar los puntos de encuentro familiar como una herramienta importantísima para evitar la violencia vicaria. Concretamente propuso "(...) mejorar la financiación y los niveles de dotación de personal de los lugares de encuentro familiar a fin de que puedan realizar intervenciones de calidad que tengan como objetivo acompañar a las familias monoparentales ante las secuelas del abuso, lo que debe comportar la documentación de pruebas de abuso o los efectos nocivos de las visitas (supervisadas) al padre agresor; f. garantizar que todos los lugares de encuentro familiar funcionen en base a principios y valores que estén alineados con una perspectiva de género de la violencia contra la mujer, con los principios del Convenio de Estambul, y con valores que apoyen el empoderamiento de la mujer, y que su trabajo sea supervisado por las autoridades autonómicas, apoyándose preferiblemente en entidades independientes; (...) g. asegurar que los lugares de encuentro familiar tengan la obligación general de informar a los tribunales de los casos en que existe algún riesgo de abuso a un menor".

los progenitores. No se trata sólo, por tanto, de evitar la muerte del hijo o la hija menor de edad, que por supuesto es el objetivo prioritario, sino que se va más allá: se pretende conseguir un riesgo cero de que tras la crisis familiar se pueda sufrir violencia, aún sea aquella de “baja intensidad” por llamarla de alguna manera.

Segunda. Todas las reformas experimentadas en el Código civil en los últimos años en lo que se refiere a la guarda y custodia así como en el régimen de visitas y comunicaciones se refieren a la violencia de género y la violencia doméstica en un plano de igualdad –a excepción, claro está, de las específicamente recogidas para la violencia de género en normas especiales–. Ello pone de manifiesto que para el legislador, lo importante y trascendente –como no podía ser de otra manera– es que las hijas y los hijos, tras la crisis familiar, estén a salvo de la violencia, sea hombre o mujer el progenitor que puede llegar a ejercerla. De esta manera, si se sostiene que con las reformas del art. 92.7 y 94.4 del Código Civil se pretende evitar la violencia vicaria, ha de concluirse que para el legislador puede ser ejercida tanto por hombres como por mujeres al referirse a ambas sin distinción.

Tercera. La protección del interés superior de niñas, niños y adolescentes –principio reconocido a nivel internacional– ha de ser el eje vertebrador de todo el sistema de constitución y mantenimiento de la guarda y custodia –ya sea individual o compartida– así como del régimen de visitas y comunicaciones, pues este no puede ubicarse, en ningún caso, en la madre o el padre sino en el interés de sus hijos e hijas a quienes, en ningún caso, interesa estar en un entorno de violencia, sea cual sea.

Por tanto, aunque tanto los hijos y las hijas como sus progenitores, tienen derecho a relacionarse entre sí, el mismo sólo podrá materializarse si realmente es beneficioso en cada caso y momento concreto. Ésta es precisamente la base de la que parten las normas civiles reformadas y, precisamente por ello, a mi modo de ver, no hay vulneración de la presunción de inocencia porque si no interesa a la descendencia menor de edad –y, desde luego no interesará si hay indicios (dos

o más) de que puede haber violencia-, no se dan los presupuestos para poder ejercitar el derecho. Además, no existen verdaderos automatismos en los preceptos en la medida en la que hay un margen para que el órgano judicial, si lo motiva en que interesa a la persona menor, puede llevar a cabo la constitución del régimen pese a la concurrencia de los referidos indicios.

Cuarta. La normativa civil estudiada en este trabajo trata de impedir, entre otras, la *violencia vicaria* de distintas maneras para poder dar así respuesta a situaciones de niños y niñas que, en la práctica, podían continuar estando con el progenitor –padre o madre– del que había dos o más indicios de llegar a ejercer violencia contra ellos. Ello se plantea, por un lado y de forma más general, estableciendo como un indicador de riesgo el que la exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género (art. 17.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil); por otro lado, mediante lo previsto en los arts. 92.7 (atribución de la guarda y custodia) y art. 94.4 (establecimiento de un régimen de visitas y comunicaciones), ambos del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- CALZADILLA MEDINA, M.A. (2011).“Comentario al art. 94 del Código Civil”, *Código civil comentado*, Vol. I, Orduña Moreno, Cañizares Laso, Valpuesta Fernández y de Pablo Contreras (Dirs.), Cívitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, pp. 571-578.
- CALZADILLA MEDINA, M.A. (2017). “Lo que la patria potestad no ampara”, *Revista Aranzadi de Derecho de Familia*, (74), 25-60.
- CALZADILLA MEDINA, M.A. (2021). “La constitución de un régimen de visitas y de comunicación en el caso de violencia la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Calzadilla Medina, M.A. (Dir.), HERNÁNDEZ LÓPEZ, C. (Coord.), Aranzadi, Pamplona, pp. 193-228.

- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2ª ed., La Ley, Madrid.
- CILLERO BRUÑOL, M. (2022). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño". http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, consultada: 2 de junio.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, (2022). *Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género* (Nº Expte. 154/2), 2016, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/PactodeEstado_Congreso.pdf, consultada: 20 de junio.
- CORTES GENERALES, *Pacto de Estado contra la violencia de género*, 2017, <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/> (Consultada: 29 de julio de 2022).
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2022). "La prevalencia del interés superior del menor en el otorgamiento de la custodia compartida aun tras la sentencia firme recaída sobre el progenitor por actos de violencia familiar o machista", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 98(789) 421-439.
- GARCÍA DE MURCIA, M. (2022). "Hacia la protección de las víctimas de violencia de género desde una perspectiva de derechos de infancia", *IgualdadES*, Año nº 4(6) 299-320. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgDES.6.10>
- GREVIO, Grupo de Grupo de Expertas en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, *Primer informe de evaluación de GREVIO sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) España*, 2020, <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informes-GREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf> (Consultada: 16 de julio de 2022).

- INSTITUTO CANARIO DE IGUALDAD, CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E IGUALDAD DEL GOBIERNO DE CANARIAS, *Guía de Intervención con menores víctimas de violencia de género*, 2012, https://www3.gobiernodecanarias.org/medusa/campus/doc/htmls/zona_igualdad/Protocolos/documento02.pdf (Consultada: 16 de mayo de 2022).
- LOUSADA AROCHENA, F. (2015). "Caso González Carreño contra España", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, (37), 6-15.
- MACÍAS CASTILLO, A. (2006). "Régimen de visitas de un padre condenado por maltrato", *Actualidad civil*, (5), 615-618.
- MAGRO SERVET, V. (2021). "La suspensión, o no adopción, del régimen de visitas y la ley de protección de la infancia", *OTROSÍ: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, (9), pp. 46-47.
- MAGRO SERVET, V. (2022). "El maltrato a los animales en el contexto de la violencia de género a raíz de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre", *Diario La Ley*, N.º. 10000.
- MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo, (2021). "El régimen de visitas, comunicación y estancia", *Las crisis familiares: Tratado práctico interdisciplinar*, Chaparro Matamoros, Pedro y Muñoz Rodrigo, Gonzalo (Coords.); de VERDA y BEAMONTE, José Ramón (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 193-219.
- ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021). "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio", *Diario La Ley*, N.º 9892, Sección Tribuna, 15 de julio.
- PARLAMENTO EUROPEO, Informe *The impact of intimate partner violence and custody rights on women and children*, 2021, <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printficheglobal.pdf?id=708754&l=en> (Consultada: 26 de mayo de 2022).

- PERAL LÓPEZ, M.C. (2018). *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre hijas e hijos*, Colección Atenea, Umaeditorial, Universidad de Málaga.
- PICONTÓ NOVALES, M.T. (2018). "Los derechos de las víctimas de violencia de género: las relaciones de los agresores con sus hijos", *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, (39), 121-156.
- PORTER, B. y LÓPEZ-ANGULO, Y. (2022). "Violencia vicaria en el contexto de la violencia de género: un estudio descriptivo en Iberoamérica", *CienciAmérica: Revista de divulgación científica de la Universidad Tecnológica Indoamérica*, Vol. 11, Nº. 1, 2022 (Ejemplar dedicado a: CienciAmérica, enero-junio, pp. 11-42. <https://doi.org/10.33210/ca.v11i1.381>
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2015). "El modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia: el principio de mínima intervención en los asuntos familiares en el sistema normativo español (artículo 39 CE)", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, (5), 3-13.
- REYES CANO, P. (2021). "La patria potestad a examen ante la violencia de género", en *Libro de actas del Congreso Internacional para el Estudio de la Violencia Contra las Mujeres 2017-2020*, Núñez DOMÍNGUEZ, TRINIDAD y VERA BALANZA, MARÍA TERESA (coords.), pp. 33-44.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000). *El interés del menor*, Dykinson, Madrid.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A.G. (2022). "Violencia ejercida a niños, niñas y adolescentes en el ámbito familiar", *Anales de derecho de la Universidad de Murcia*, (39). <https://doi.org/10.6018/analesderecho.383481>
- ROSSO PÉREZ, M.E. (2022). "Análisis de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia", *Diario La Ley*, Nº. 10065.

- SAVE THE CHILDREN, *Investigación sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas*, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2011, <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionales/Investigacion/juridico/estudios/custodia/home.htm> (Consultada: 27 de mayo de 2022).
- UNICEF, Informe *Una situación habitual: Violencia en las vidas de los niños y los adolescentes*, 2017, <https://www.unicef.es/publicacion/violencia-en-las-vidas-de-los-ninos-y-los-adolescentes> (Consultada: 16 de mayo de 2022).
- UREÑA CARAZO, B. (2016). "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género", *LA LEY Derecho de Familia*, año 3, N.º 11, julio-septiembre.
- VACCARO, S.E. (2022). *Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema. VIOLENCIA VICARIA: Un golpe irreversible contra las madres*, 2021, <https://psicologiafeminista.com/estudio-sobre-violencia-vicaria-extrema/> (Consultada: 20 de julio de 2022).
- VILELLA LLOP, M.P. (2022). "Análisis de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España: los derechos de los menores implicados en procedimientos judiciales en materia de familia", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (22), 84-97. <https://doi.org/10.4995/reinad.2022.15824>
- VVAA, (2022). *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), GARCÍA MAYO, M. (Coord.), ROGEL VIDE, C. (pr.), Reus, Madrid.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011). "Comentario al art. 154 del Código Civil", *Código Civil comentado*, Vol. I, ORDUÑA MORENO, CAÑIZARES LASO, VALPUESTA FERNÁNDEZ y DE PABLO CONTRERAS (Dirs.), Cívitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, pp. 761-769.

NORMAS JURÍDICAS Y RESOLUCIONES CITADAS

La relación se presenta por orden cronológico.

Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid. Nº. 206, de 25 de julio de 1889.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado Nº. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Dictamen del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW), adoptado en su 58º período de sesiones (30 de junio a 18 de julio de 2014 - Comunicación 47/2012).

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado Nº. 313, de 31 de diciembre de 1990.

Carta Europea de los derechos del niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992. Diario Oficial de las Comunidades Europeas Nº. C 241/01, de 21 de septiembre de 1992.

Declaración de Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres (por medio de su Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado Nº. 15, de 17 de enero de 1996.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas Nº. 364/01, de 18 de diciembre de 2000.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado N°. 313, de 29 de diciembre de 2004.

Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Boletín Oficial del Estado N°. 131, de 30 de mayo de 2008.

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. Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado N°. 137, de 6 de junio de 2014.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado N°. 175, de 23 de julio de 2015.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado N°. 180, de 29 de julio de 2015.

Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Boletín Oficial del Estado N°. 11, de 13 de enero de 2021.

Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género. Boletín Oficial del Estado N°. 72, de 25 de marzo de 2021.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Estado N°. 132, de 3 de junio de 2021.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Boletín Oficial del Estado N°. 134, de 5 de junio de 2021.

Ley 14/2021, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género, de la Comunidad Autónoma de Galicia. Boletín Oficial del Estado N.º. 226, de 21 de septiembre de 2021.

Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria. Boletín Oficial del Estado N.º. 18, de 21 de enero de 2022.

Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Boletín Oficial del Estado N.º. 300, de 16 de diciembre de 2021.