

**LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA
ADOLESCENCIA EN SITUACIONES DE VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR. ESPECIAL REFERENCIA AL
RÉGIMEN DE VISITAS**

Máster en Intervención y Mediación Familiar, Social y Comunitaria
Universidad de La Laguna

Alumna: Lucía Alonso Hernández

Tutoras: M^a Aránzazu Calzadilla Medina

M^a Teresa Manescau Martín

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Convocatoria: Julio 2022

Resumen

El presente trabajo analiza la protección jurídica de la infancia y la adolescencia frente a la violencia dentro del ámbito familiar. En concreto, hace hincapié en las diversas manifestaciones de violencia que han sufrido y sufren las y los menores de edad por parte de sus progenitores a lo largo de la historia y en la actualidad. Se indaga así sobre la violencia doméstica, la violencia de género y la violencia vicaria. Y todo ello se relaciona con la nueva redacción del artículo 94 del CC tras la reforma introducida por 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. Por último, se valoran y comentan las modificaciones realizadas por dicha ley sobre la suspensión del régimen de visitas, así como la posible declaración de inconstitucionalidad del citado precepto por estimarse que podría vulnerar derechos fundamentales.

- **Palabras clave:** protección jurídica del menor, violencia, interés superior del menor, régimen de visitas

Abstract

This paper analyzes the legal protection of children and adolescents against violence within the family. Specifically, it emphasizes the various manifestations of violence that minors have suffered and suffer from their parents throughout history and today. This investigates domestic violence, gender-based violence and vicarious violence. And all this is related to the new wording of article 94 of the Civil Code after the reform introduced by Act 8/2021, of June 2, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity. Finally, the modifications made by this law on the suspension of the visitation regime are evaluated and commented, as well as the possible declaration of unconstitutionality of the aforementioned precept because it is considered that it could violate fundamental rights.

- **Keywords:** legal protection of minors, violence, best interest of the minor, visiting arrangements

ÍNDICE

1.	Introducción	1
2.	Evolución histórica de la protección jurídica de la infancia y la adolescencia ante la violencia familiar	2
3.	Normativa actual respecto a la protección jurídica de la infancia y la adolescencia.....	6
4.	El interés superior de la persona menor de edad a vivir en un entorno libre de violencia.....	8
5.	Tipos de violencia familiar.....	11
a.	Violencia doméstica	11
b.	Violencia de género.....	12
c.	Estadísticas relativas a ambos tipos de violencia	13
d.	Violencia vicaria	16
6.	La reforma del art. 94 del CC en la Ley 8/2021, de 2 de junio.....	18
a.	Suspensión del régimen de visitas en la nueva redacción del art. 94 CC	19
b.	Posible inconstitucionalidad del precepto	23
7.	Conclusiones	25
8.	Conclusión personal	27
9.	Referencias bibliográficas	28

NOTA

Según se ha informado desde el Máster, los TFM dirigidos por profesorado adscrito a áreas jurídicas, seguirán la metodología propia de la investigación en dichas áreas.

1. Introducción

Como recoge la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio) la lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos. Para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia. Por ello, la protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos, y así es reconocida tanto en el artículo 39 de la Constitución Española como en diversos tratados internacionales y leyes del ordenamiento jurídico español.

Debido a la gran importancia que presenta esta temática, el trabajo se centra en el análisis de la violencia intrafamiliar que sufren o pueden sufrir las y los menores de edad y la protección jurídica que reciben los mismos.

En primer lugar, se presenta la evolución histórica de la protección jurídica de la infancia y la adolescencia ante la violencia familiar, así como la actual normativa relacionada con dicha protección.

En segundo lugar, se profundiza en el derecho del interés superior del menor a vivir en un entorno libre de violencia, y como este interés superior ha de primar en todas las actuaciones y decisiones que tengan que ver con el menor y su porvenir.

En tercer lugar, se establece una diferenciación sobre los tipos de violencia que pueden existir dentro de la familia y que afectan al menor, analizando, de esta manera, la violencia doméstica, la violencia de género, así como la violencia vicaria que, por su especial trascendencia, se estudia en un apartado específico aunque pueda ser englobada en los dos tipos de violencia citados anteriormente.

Posteriormente, se realiza un análisis de la reforma del art. 94 del Código Civil introducida por en 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, y de cómo puede afectar la violencia intrafamiliar al derecho del régimen de visitas del progenitor no custodio en los casos de separación, ruptura o divorcio.

Por último, se exponen las conclusiones más relevantes respecto al trabajo que se ha realizado. En atención a ello, se debe destacar la novedad de la reforma y la dificultad para encontrar bibliografía relacionada con la misma ya que se han encontrado opiniones de diversos juristas pero no con la entidad de un trabajo bibliográfico publicado como tal. También se ha de esperar para poder conocer la resolución del Tribunal Constitucional sobre la cuestión de inconstitucionalidad del citado precepto que se ha planteado recientemente.

2. Evolución histórica de la protección jurídica de la infancia y la adolescencia ante la violencia familiar

Tanto la violencia ejercida hacia los menores de edad por parte de sus progenitores o de aquellas personas responsables de velar por su bienestar, como la protección existente frente a dicha violencia, han experimentado grandes cambios a lo largo de la Historia. Determinadas acciones u omisiones que actualmente se consideran incorrectas, inmorales o, incluso, ilegales, en determinados momentos históricos estaban completamente normalizadas. En la Edad Media, el castigo físico era considerado parte de la educación del menor y el trabajo infantil era algo totalmente natural. Manescau Martín (2021) lo describe de la siguiente forma:

Desde muy pequeños, dependiendo de las épocas y los oficios, los niños de las capas inferiores de la sociedad abandonan el hogar familiar para aprender un oficio, convirtiéndose en aprendices, en virtud de una relación contractual. Allí pasarían alrededor de cuatro o cinco años. Suponía una oportunidad de futuro, ya que se les daba la opción de aprender un oficio, pero, al mismo tiempo, quedaban vinculados a un maestro que podría tratarles bien, o no. Ese alejamiento de las familias se producía desde muy temprana edad, normalmente alrededor de los 12 años, si bien esto dependía de los oficios y gremios. (pág. 60).

Además del castigo físico, y los trabajos forzosos, existían numerosos problemas por la falta de protección hacia los menores: abandono, malnutrición, enfermedades por

falta de cuidados, negligencia, matrimonios concertados, infanticidio, etc. En lo que respecta al infanticidio, siguiendo a Berraondo Piudo:

En la Edad Moderna, la violencia fue una cuestión específicamente masculina. Según Claude Gauvard, «la violencia se conjugaba en masculino», hecho éste que han confirmado Robert Muchembled en Artois, Iñaki Bazán en el País Vasco o Mikel Berraondo para el caso de Navarra. Esta afirmación ha provocado que los historiadores hayan puesto un mayor interés en el análisis de la violencia masculina frente a la femenina. Sin embargo, dentro de la escasa criminalidad femenina, el infanticidio cobra una gran relevancia. La historiografía británica se ha referido al infanticidio en particular como al más grave crimen cometido por las mujeres de la Edad Moderna. (2013).

Es relevante determinar la causa de que fueran las mujeres las que cometían dichos crímenes, pues en aquella época era una deshonra quedar embarazada siendo una mujer soltera o siendo el hijo de persona distinta al marido. Por tanto, sin importar las circunstancias de cómo llegaba la mujer a quedar embarazada (abusos, violaciones, etc.) la responsabilidad y el “pecado” recaían sobre la misma. Por ello, para evitar ser repudiadas por la sociedad, intentaban ocultarlos. Algunas veces acababan con los mismos (pudiendo morir ellas en el proceso) o abandonaban a los recién nacidos en las casas de expósitos o casas cuna. En los casos más graves, ellas mismas mataban a sus criaturas recién nacidas.

En el artículo referente a las leyes sobre el infanticidio en la Edad Media de Obladen, M. se concluye que

The analysis of medieval history uncovers ambivalence in the legal protection of the newborn infant's life, which under Canon law was incomplete. What mattered was to save its soul - only a living infant could be baptized. Christian churches defamed illegitimate birth, which probably augmented the crime. From the 10th century CE, widespread infanticide led to the establishment of foundling hospitals. The driving force of legislation changed from purification and averting God's wrath in the 15th century to deterrence in the 16th century, and to retaliation in the 17th century. Not before the 18th century was the motive to effectively prevent

infanticide addressed by legislators. The frequency of infanticide decreased when foundling hospitals - not necessarily successfully - were allowed to deal with unwanted infants in a way acceptable to church and society. (2016)

Continuando con el trabajo de Berraondo Piudo, se verifica que las mujeres que quedaban embarazadas: “En no pocas ocasiones estas mozas jóvenes y solteras eran pobres criadas que quedaban preñadas de sus propios amos o de otros criados de éste. Tal circunstancia también ha sido verificada en ciudades como Ámsterdam o regiones como Prusia, donde más del 70% de los casos fueron cometidos por sirvientas”. (2013).

En aquel tiempo primaba la honra, la pureza, y la castidad por encima de la vida humana. En contraposición con lo expuesto sobre la honra y pureza, en el trabajo de Nausia Pimoulie, en el que se habla sobre la prostitución forzosa que ejercían las hijas por orden de sus madres, las posibles causas que alegaban las madres para justificarlo eran las siguientes: “La gran mayoría de las acusadas declararon su precaria situación económica al tribunal de la Corte. La pérdida del cabeza de familia suponía una merma no sólo emocional, también un importante deterioro de la economía familiar.” (2013).

También algunas de esas madres tenían un concepto equivocado del amor materno ya que “los testimonios nos hablan de tratos mediante los cuales las madres sacrificaban el honor de sus hijas a cambio de favores que garantizasen su futuro. Tal vez algunas se consolaban pensando que, aunque sus hijas perdiesen el buen nombre, al menos económicamente les estaban ofreciendo un futuro menos incierto.” (Nausia Pimoulier, (2013).

Entonces, las madres justificaban estos aberrantes actos por el hambre y las necesidades económicas que sufrían pero también porque lo consideraban una forma de asegurarles “un futuro” a sus hijas. Por ello, y coincidiendo con Nausia Pimoulie, “podríamos concluir que, lamentablemente, en estos casos, la necesidad ganó la partida a la virtud”. (2013).

Fue a partir de la Edad Moderna donde se empezó a tener cierta conciencia social sobre la necesidad y la importancia de que niños y niñas recibieran educación y gozasen de protección. Se entendió que la forma en la que se viviese la infancia, iba a repercutir en la persona adulta en la que se iba a convertir el menor, por lo que se estaba

reconociendo, por primera vez, la importancia de esta etapa y el correcto desarrollo de la misma. Nacieron pues, las primeras instituciones encargadas de cuidar de los menores abandonados y desamparados, es decir, los orfanatos o casas de misericordia donde se les ofrecía sustento a aquellos menores que por diversas razones no lo tuvieran en su familia. El abandono de los menores se producía por múltiples causas; pobreza extrema que imposibilitada el cuidado y alimento del menor, la conservación de la honra de las mujeres solteras que quedaban embarazadas, etc. (Manescau Martín, 2021).

En estos lugares, los menores no solo encontraban un refugio, sino que también aprendían un oficio para cuando fueran adultos. Podría entenderse que sí había una cierta preocupación por la infancia y la protección de los mismos, pero también era una oportunidad de formar, desde muy pronto, futura mano de obra que trabajase para la Corona desde que fuese posible.

Además, las condiciones de los establecimientos así como el trato que recibían los menores que residían en ellos eran, cuanto menos, dudosas, ya que, “se tienen noticias de que muchos de aquellos establecimientos se encontraban en lamentable estado por la falta de asistencia y medios para su lactancia.” (Manescau Martín, 2021, p. 66).

Ni en la Edad Media ni en la Edad Moderna se legisló específicamente sobre la protección de los menores frente a la violencia, cuyas manifestaciones, como se ha nombrado, eran diversas. Si bien no existió esta legislación específica sobre protección de menores, sí que se regularon determinados aspectos que afectaban a los mismos. Siguiendo el trabajo de Manescau Martín (2021), se exponen algunas de las circunstancias reguladas en esa etapa:

Por ejemplo, la edad mínima para entrar como aprendiz, rondaba los doce años, dependiendo de las épocas y los gremios. Por su parte, la edad mínima para contraer matrimonio, en los varones estaba fijada en catorce años y en las mujeres en doce, pero sus padres podían previamente haber concertado el matrimonio de los hijos desde que cumplían siete años. (pág. 61).

Como se puedes apreciar, a pesar de regularse una edad mínima en ambos casos, es totalmente inaceptable para la sociedad actual, ya que se está hablando de explotación infantil en el ámbito laboral, así como la práctica abusiva de los matrimonios forzados.

Entrando en más detalle, durante esta etapa histórica, la patria potestad recaía sobre el *pater familias*, lo cual le confería un poder inmenso sobre sus propios hijos e hijas, decidiendo en su nombre sin tener en cuenta sus deseos. En la Edad Media, este poder le permitía, incluso, en las situaciones más extremas (pobreza, asedio), vender o empeñar a sus descendientes, así como la posibilidad de recuperarlos a través del mismo precio al que los hubiese vendido. (Manescau Martín, 2021, p.79).

Otra de las situaciones en las que se abusaba de la autoridad dispensada, y que se ha nombrado con anterioridad, era la práctica de los matrimonios concertados, que se consideraban beneficiosos para la familia. Los descendientes que no contrajesen matrimonio, eran “enviados a los conventos, la Iglesia, o el ejército. Muchas niñas fueron apartadas del mercado matrimonial y enviadas a instituciones religiosas sin vocación alguna donde eran encerradas para el resto de sus vidas”. (Manescau Martín, 2021, p.81).

Gracias a la evolución del pensamiento humano y de la sociedad en su conjunto, estas prácticas aberrantes se han visto erradicadas, por lo menos, en gran parte de la población mundial. A pesar de ello, estas situaciones siguen ocurriendo, aunque en menor medida, y, por ello, existe una previsión legal para actuar frente a las mismas.

3. Normativa actual respecto a la protección jurídica de la infancia y la adolescencia

Tal y como se recoge en el trabajo de Durrant, J. E. et al. (2020):

For centuries, some level of physical violence against children has been normalized, prescribed and legally justified. It has long been argued that violence is not abusive if it is intended as punishment and does not injure the child physically. This proposition has heavily influenced our language, research methods and approaches to intervention with the effect of perpetuating the belief that some level of violence is justifiable and acceptable in children’s lives. The United Nations (UN) Convention on the Rights of the Child precipitated a global recognition that the justification of punitive violence violates children’s fundamental protection rights. (2020).

Por lo que, en la actualidad, existe una normativa extensa, tanto a nivel internacional como nacional, sobre la protección de la infancia y de los menores de edad, al

considerarse que cualquier tipo de violencia contra los mismos viola sus derechos fundamentales.

Dentro de los múltiples Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España, es de especial relevancia la citada Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ya que ha servido de inspiración para leyes posteriores.

A nivel nacional destacan, por la vinculación con la temática del presente trabajo, las siguientes normas:

- Constitución Española.
- 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.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- 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.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.

Todas estas leyes comparten un fin común que es garantizar y dotar de la protección jurídica necesaria a los y las menores frente a cualquier tipo de vulneración de sus derechos fundamentales, es decir, pretenden proteger los derechos a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

Como se recoge en el artículo 1, párrafo segundo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, 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 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”. (Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio).

La realidad social está en continuo cambio, por lo que las leyes deben cubrir las posibles lagunas o introducir las novedades necesarias, acompañando de esa forma a los cambios sociales para seguir procurando la protección más adecuada a los y las menores.

4. El interés superior de la persona menor de edad a vivir en un entorno libre de violencia

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se refiere al interés superior del menor, estableciendo que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta, por normal general, los siguientes criterios generales:

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.

Por otra parte, siguiendo esta misma norma, en el apartado segundo, letra i) del artículo 11 se establecen los principios rectores de la acción administrativa respecto a los menores. Entre ellos se encuentra el siguiente: “La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso”.

Como se puede apreciar, se determina una protección integral del menor, que debe ser facilitada y garantizada por la Administración Pública en sus actuaciones. Concretamente se hace especial hincapié en la protección ante este tipo de situaciones cuando ocurren dentro del propio ámbito familiar de la o el menor.

Por lo que respecta a garantizar el derecho del interés superior del menor ello no suele ser una tarea fácil puesto que, como establece Jabbaz Churba en su trabajo

The principle of the child’s best interests appears repeatedly in legal rhetoric. However, the needs of children are neglected because the belief that they may be manipulated deprives them of their right to be taken into account. Furthermore, the courts’ timetables and rituals do not accommodate the possibility of revealing what is really happening in the case of a child who does not want to have contact with a parent.(2021).

Tomando como referencia el máster cursado, cabe citar la interesante obra noruega Nordic Mediation Research (2018). Este libro presenta doce estudios sobre mediación,

realizados por diversos investigadores en Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia. Cada estudio destaca aspectos importantes de la mediación. Se incide en el estudio referente al papel de los niños en la mediación familiar, ya que pone en énfasis el papel primordial del interés superior del menor en todo lo relacionado con las rupturas familiares, es decir, custodia, derecho de visitas, comunicaciones, etc. En el citado trabajo, se encuentra la siguiente afirmación:

There is also family mediation in all Nordic countries. For example, in Finland, regulation on mediation in divorce matters has existed for over 60 years. Family mediators can provide help and support in the event of family disputes and conflicts that concern compliance with decisions and agreements on child custody and right of access. The primary aim of mediation is to protect the best interests of children. Family mediation is mainly the responsibility of municipal social welfare authorities who typically have a university-level education. They help the parties to divorce cases agree on the custody of the children and the right of access (Haavisto 2018). Sweden has quite the same system (Norman and Öhman 2011). Family cases can be mediated also in court-connected mediation (Salminen 2018) but also during the court process in Norway (Bernt 2018).¹⁵ The roots of family mediation in Nordic countries rests originally in Christian values. The main effort earlier was to keep the family together and prevent divorce. Even in this time there is obligatory family mediation in Norway in divorce situations. In this time it has been stressed more the welfare of the child or best interests of the child. In theoretical discussion in Nordic countries, the best interests of the child is one of the main questions in the field of family mediation. (A. Nylund et al. 2018).

Por lo que, se entiende que la mediación familiar en estos países pretende facilitar los procesos de separación, divorcio o ruptura familiar pero, además, protegiendo a las personas más vulnerables en estos casos; los menores. Queda claro en la última frase del citado estudio al decir que “el interés superior del niño es una de las cuestiones principales en el ámbito de la mediación familiar”.

5. Tipos de violencia familiar

Como se ha afirmado, la violencia dentro del núcleo familiar es algo tan antiguo como la propia sociedad. Pero la evolución histórica ha mostrado que se han sucedido múltiples mejoras y se ha dotado de una mayor protección al colectivo que, indudablemente, es de los más vulnerables, la infancia y la adolescencia. Esta protección ha de otorgársele a todas las personas menores de edad, sin discriminación alguna por razón de raza, sexo, etnia, religión, edad, etc. Se considera de vital importancia proteger a los mismos frente a cualquier tipo de violencia, y lo que anteriormente era entendido como “cosas de familia” ahora es un tema de total interés público. Por tanto se ha de dotar de esa seguridad y protección, incluso, frente a la propia familia. El escenario ideal sería aquel en el que las personas con las que convive el menor, que son las encargadas de velar por su bienestar y por su pleno desarrollo, efectivamente se preocuparan de que todo ello se cumpliera. Desgraciadamente la realidad, en muchas ocasiones, es completamente distinta. Es por ello que debe de haber un mecanismo adecuado y regulado para actuar tanto rápida como eficazmente frente a estas situaciones.

A continuación, se enumeran los diferentes tipos de violencia que pueden existir en el ámbito familiar y que pueden afectar, directa o indirectamente, al menor. Se hablará de violencia doméstica, violencia de género, y se dedicará especial atención a la violencia vicaria.

a. Violencia doméstica

La violencia doméstica o intrafamiliar, tanto física como psíquica, es la que se produce dentro del núcleo familiar entre los miembros del mismo, con previa convivencia. Pueden ser víctimas de este tipo de violencia tanto hombres como mujeres, independientemente de su edad. En el artículo 173.2 del Código Penal se recoge su desarrollo, y se define como la violencia ejercida por la persona agresora sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar, así como sobre las personas que por su

especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Se deja, por tanto, fuera del ámbito de este tipo de violencia a las personas ofendidas a las que se refiere el apartado 1 del artículo 153 del Código Penal, es decir, esposa, ex esposa y mujer que haya estado o esté ligada al agresor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, ya que esto queda sujeto al ámbito de la violencia de género. (Instituto Andaluz de la Mujer. (s.f.).

Por lo tanto, los y las menores pueden ser víctimas de violencia doméstica, cuyo agresor o agresora puede ser cualquier persona descrita en el artículo 173.2 del CP.

b. Violencia de género

Siguiendo la definición del Instituto de la Mujer:

La violencia de género se ha constituido como un fenómeno invisible durante décadas, siendo una de las manifestaciones más claras de la desigualdad, subordinación y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. La constatación de la existencia de esta situación, marcará un antes y un después en la consideración legal y social de los derechos y libertades de las mujeres.

También, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su recomendación general nº 19, afirmaba, en 1993, que “La Violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”. Esta definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que le afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. (s.f.).

Por su parte, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su artículo 1.1 define la violencia de género como la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre

éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Queda comprendido en esta definición, todo acto de violencia física y psicológica, incluida las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Por otro lado, es necesario recordar que la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su disposición final tercera modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, reconociendo como víctimas de violencia de género también a los hijos e hijas menores que convivan con dicha situación de violencia, y así lo recoge en su preámbulo:

Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio).

c. Estadísticas relativas a ambos tipos de violencia

Una vez definidos ambos tipos de violencia, se procederá a analizar las estadísticas sobre los mismos.

Según el Instituto Nacional de Estadística (INE), el número de mujeres víctimas de violencia de género disminuyó un 8,4% en el año 2020, hasta 29.215. La tasa de víctimas de violencia de género fue de 1,4 por cada 1.000 mujeres de 14 y más años. Por su parte, el número de víctimas de violencia doméstica creció un 8,2%. En 2020 se inscribieron como víctimas de violencia de género y violencia doméstica 37.819 personas, un 4,9% menos que en 2019. De éstas, 34.446 fueron mujeres y 3.373 hombres (INE, 2021).

Para el INE “cabe destacar que los mayores descensos en el número de mujeres víctimas de violencia de género se registraron en los meses en los que la movilidad estuvo restringida por la pandemia” (2021).

Pero, en la publicación de la Universidad de Granada sobre el Impacto de la pandemia por COVID-19 en la violencia de género en España, cuyo objetivo fue examinar el impacto que la pandemia de la COVID-19 tuvo en la violencia de género en España, se concretó que:

El aumento de la violencia se ha reflejado en un importante incremento de las llamadas al 016. La limitación de la respuesta se ha traducido en un descenso del número de denuncias respecto al año anterior, y en una menor atención a las mujeres bajo las circunstancias creadas por la pandemia. El análisis sobre la situación indicada muestra que las llamadas al 016 se incrementaron a partir de marzo, mes de inicio del confinamiento, y alcanzaron su máximo en el segundo trimestre coincidiendo con los meses de restricción absoluta de la movilidad, con un total de 25.667 llamadas, el número más alto de toda la serie histórica. En el primer trimestre las llamadas fueron 16.950, y en el segundo se produjo un incremento del 51,43 % hasta alcanzar la cifra indicada. El aumento se debió tanto a las llamadas realizadas por las propias víctimas, con un incremento del 53,2%, como a las llamadas de familiares y personas allegadas, que fue del 37,2%. En el tercer trimestre, tras el confinamiento, volvieron a descender hasta las 21.135, y en el cuarto trimestre aún más llegando a las 15.449 llamadas. (2022).

Por lo que se podría entender, que no es que hubiese menos víctimas, sino que este descenso se debió a la imposibilidad de las mujeres de movilizarse para denunciar a sus agresores, o más bien, a la imposibilidad o temor de hacerlo puesto que estaban en confinamiento conviviendo bajo el mismo techo que ellos.

Lorente Acosta, en su artículo titulado “Gender-based violence during the pandemic and lockdown” (Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento) llega a la misma conclusión

Circumstances under lockdown increase the risk factors for gender-based violence (GBV) at the individual and social level due to isolation and barriers to victims in

seeking help and reporting their situation. This has the direct consequence of an increase in this violence. Initially, due to the reduced number of reports and homicides, it could be mistakenly understood that there has been a decrease in GBV. (2020).

Siguiendo las estadísticas del INE, se establece que “el mayor descenso del número de víctimas en el año 2020 se dio entre las mujeres de menos de 18 años (-28,5%). (2021). Aun así, el número de víctimas de violencia de género que eran menores de edad en el año 2020 es de 514 menores.

Por su parte, respecto a la violencia doméstica, “en 2020 se registraron 8.279 víctimas en asuntos de violencia doméstica con orden de protección o medidas cautelares, un 8,2% más que en el año anterior. De ellas, el 61,4% fueron mujeres y el 38,6% hombres”. De esas 8.279 víctimas de violencia doméstica, 2.156 son menores de edad (tanto niños como niñas), es decir, 1 de cada 4 víctimas (26,0% del total). (INE. 2021).

El número total de víctimas de violencia doméstica fue mayor que el de personas denunciadas, con una relación de 1,5 víctimas por cada persona denunciada. Además, un total de 325 personas figuraron como denunciadas y víctimas a la vez.

En términos relativos, en los asuntos de violencia doméstica la tasa de víctimas femeninas fue de 0,21 por cada 1.000 mujeres y la masculina de 0,14 por cada 1.000 hombres. Las tasas de víctimas más frecuentes se dieron entre los menores de 18 años, tanto en las mujeres (0,30) como en los hombres (0,22). (INE. 2021).

Y, respecto a las personas denunciadas por violencia doméstica en 2020 “se registraron 5.578 personas denunciadas en asuntos de violencia doméstica, un 3,4% más que en el año anterior. De ellas, el 72,2% fueron hombres y el 27,8% mujeres.” (INE 2021).

Teniendo en cuenta lo expuesto las personas más afectadas por la violencia doméstica son las mujeres, y dentro de éstas, las menores de 18 años, es decir, las adolescentes o niñas. Mientras que los agresores son, en su mayoría, hombres. Hombres que son integrantes de la familia o núcleo intrafamiliar de la víctima; hermano, padre, padrastro o figura análoga, abuelo, tío, tutor, etc.

Sobre el incremento de la violencia doméstica durante la pandemia en el artículo de Piquero, A. et al se afirma que, como consecuencia del confinamiento

The result of these orders, while wellintentioned, also tended to increase stress and anxiety as a result of being confined to one’s place of residence away from friends, family, schools, and the workplace—the latter of which was severely impacted by shuttered businesses and high unemployment. Although from one public health vantage point, these orders made a lot of sense, there was also concern that they could be associated with other adverse outcomes, including in particular child abuse and domestic violence, in large part because parents and children were now confined to their homes without access to those who may be able to see the signs of abuse and violence and/or obtain the assistance necessary to escape violent situations. Combined, the stay-at-home orders as well as the economic impact of the pandemic heightened the factors that tend to be associated with domestic violence: increased male unemployment, the stress of childcare and homeschooling, increased financial insecurity, and maladaptive coping strategies. (2021).

En el artículo escrito por Holt, S. et al. se determina que:

... children and adolescents living with domestic violence are at increased risk of experiencing emotional, physical and sexual abuse, of developing emotional and behavioral problems and of increased exposure to the presence of other adversities in their lives. (2008).

Se llega así a la conclusión de que los niños y los jóvenes pueden verse muy afectados por convivir con la violencia doméstica, y el impacto puede perdurar incluso después de que se hayan tomado las medidas necesarias para garantizar su seguridad. (Holt, S. et al. 2008).

d. Violencia vicaria

Por su especial importancia y actualidad, se analizará la violencia vicaria en un apartado específico y diferenciado. Aunque este tipo de violencia puede darse por cualquier parte de la pareja o expareja, es más frecuente su categorización dentro de un subtipo de violencia de género dado la mayor incidencia que presenta. La violencia vicaria se acuñó como tal por primera vez por Sonia Vaccaro, psicóloga clínica y forense, y la definió de la siguiente manera

“violencia vicaria[1]”: aquella violencia que se ejerce sobre los hijos para herir a la mujer. Es una violencia secundaria a la víctima principal, que es la mujer. Es a la mujer a la que se quiere dañar y el daño se hace a través de terceros, por interpósita persona. El maltratador sabe que dañar, asesinar a los hijos/hijas, es asegurarse de que la mujer no se recuperará jamás. Es el daño extremo. (Vaccaro, 2 de febrero de 2019).

Esta definición de violencia vicaria, hace referencia a la violencia que ejerce el padre sobre sus hijos, considerándose como un tipo o subtipo de violencia machista. Pero, y aunque en menor medida, las hijas e hijos también pueden ser víctimas de esta violencia a manos de sus madres. En el artículo “¿Puede una mujer ejercer violencia vicaria sobre un hombre?” de Lidia Ramírez para *The Objective* se afirma que puede darse también por parte de la madre, ya que

La violencia vicaria es una violencia interpuesta y que supone «utilizar a otro para hacer daño a un tercero», nos cuenta la abogada experta en violencia de género Paz Lloria. Es decir, una forma de violencia –física o psicológica– por la que una persona ataca a otra con el objetivo de causar dolor a otro individuo. De esta forma, se puede dar de un hombre a una mujer, de una mujer a un hombre, de una mujer a una mujer y de un hombre a un hombre y, casi siempre, la persona atacada va a ser un hijo de la víctima, aunque puede ser cualquier otra persona.

Mientras que, la violencia vicaria de género, es la que utiliza el hombre hacia la mujer “con el objetivo de seguir controlándola porque entiende que es él el que tiene que mantener el control y la dominación” (Ramírez, 18 de junio 2021).

Siguiendo el artículo de Ramírez, la misma determina:

... que la violencia vicaria puede ejercerse de diferentes formas. La más frecuente, aunque también la más desconocida, es la económica, es decir, mediante el impago de las pensiones. De esta forma, cuando una de las partes deja de pasar la pensión a la otra impacta en la precariedad de la víctima y los hijos. Así, es importante entender que esto no es solo una violencia entre parejas, sino que es un atentado contra la infancia. (Ramírez, 18 de junio 2021).

Si se plantea la pregunta de cuántos menores han sido asesinados por violencia vicaria, la respuesta es que, desde que comenzó el registro de estos delitos en el año 2013, han sido asesinados por sus padres 47 menores. (Ministerio de Igualdad. 04 abril de 2022). Se hace hincapié en el término “padres” puesto que en las estadísticas del Ministerio de Igualdad, quedan recogidos los casos de violencia vicaria de género. Por lo que, el número de víctimas aumenta si se contabiliza también los casos de violencia vicaria por parte de las madres. En el trabajo realizado por Calzadilla Medina, se recoge que “según el Ministerio de Interior, entre el año 2011 y marzo de 2021 se contabilizaron 78 menores asesinados por sus progenitores o las parejas de estos, sin que se desglose el dato de si fueron hombres o mujeres los que los mataron”. (2021).

Unas cifras que estremecen y resultan extremadamente dolorosas teniendo en cuenta que...han muerto en manos de una de las personas que se supone más deberían quererlos y cuidarlos. (Ramírez, 18 de junio 2021).

Ramírez coincide con lo expuesto desde el comienzo del trabajo. La terrible situación de morir, las hijas e hijos, indefensos ante aquellos que deberían procurarles la máxima protección y el mayor de los afectos.

6. La reforma del art. 94 del CC en la Ley 8/2021, de 2 de junio

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 (en adelante Ley 8/2021, de 2 junio) conlleva una serie de modificaciones normativas.

Para este estudio, la modificación más relevante es la del artículo 94 del Código civil que, en su redacción anterior a la reforma, establecía que “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

Pero, antes de profundizar en la reforma, se ha de destacar también la innovación del artículo 92 CC que incorpora 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. Se modifica el apartado 7 del citado artículo, que queda redactado de la siguiente forma:

No procederá la guarda conjunta 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 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. (Ley 17/2021, de 15 de diciembre)

Aunque, en esta ocasión, se habla de guarda conjunta, podría valorarse también en los casos en los que se tenga que establecer un régimen de visitas, por lo podría ser un motivo a tener en cuenta a la hora de interpretar el artículo 94 CC y decidir sobre la procedencia de suspender o no el régimen de visitas respecto al progenitor no custodio que haya causado o haya amenazado de causar daño a un animal para controlar o victimizar a cualquiera de las personas mencionadas en el art. 92.7 CC.

a. Suspensión del régimen de visitas en la nueva redacción del art. 94 CC

Con la nueva reforma, en los casos de separación o divorcio de la pareja, se incorporan al artículo dos nuevos párrafos que establecen lo siguiente: “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.” (Ley 8/2021, de 2 junio).

Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. “No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial”. (Ley 8/2021, de 2 junio).

Y, por último, “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”. (Ley 8/2021, de 2 junio).

El legislador con esta reforma ha pretendido asegurar la protección de los menores frente a cualquier tipo de violencia que pudieran sufrir en su entorno más cercano, pero la modificación del artículo 94 CC ha recibido numerosas críticas por diversos motivos. Calzadilla Medina, en su reciente reflexión de la modificación del artículo 94 CC, lamenta que el legislador

Tampoco hace referencia alguna de manera a los supuestos de violencia vicaria, que son los más graves de todos por ser precisamente la persona menor de edad en quien pueden recaer los daños. Esto no significa que este tipo de violencia por sustitución quede al margen, porque no lo está lógicamente, pero sí considero, a la vista de los casos que se han dado recientemente, que se ha perdido la oportunidad para recogerla normativamente... (2021).

Siguiendo con la reflexión de Calzadilla Medina, otro de los interrogantes sería lo que ocurriría en los casos de denuncias interpuestas por ambas partes.

No es infrecuente, tanto en casos de violencia de género como de violencia doméstica, que se interpongan denuncias en ambas direcciones o, incluso, que ambas partes cuenten con sentencias condenatorias en materia de violencia de género o doméstica. Además, dada la nueva redacción del precepto y de las importantes consecuencias que tiene la interposición de denuncias es más que probable que la situación se presente muchas más veces. ¿Acaso una denuncia por violencia de género o doméstica no es un indicio de que podrían realmente existir estas situaciones? Desde luego, *a priori*, que sí lo es, pero siempre hay que tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. La situación cobra especial gravedad en la violencia de género pues bastará que el maltratador presente una denuncia contra la mujer para que nos encontremos ante este caso, al incluirse también la violencia doméstica, y disponer la norma que basta

con que el juez tenga “indicios”. Por tanto, si ello sucede ¿cómo ha de interpretarse lo previsto en el art.94 CC? Esto es algo que el legislador debió prever de alguna manera pues una interpretación estricta impediría que se pudiera constituir un régimen de visitas y, si ello es así en lo menos (régimen de visitas) ¿cómo va a poder otorgarse la custodia a alguno de los progenitores? Desde luego, no podría concederse la custodia compartida. Consecuentemente, quedaría la descendencia menor de edad directamente desprotegida precisando de amparo por parte de su familia extensa o bien, en casos extremos, por parte de la entidad pública de protección de menores de su lugar de residencia. (Calzadilla Medina, 2021).

Esta situación de incertidumbre es compartida por numerosa doctrina que se plantea la misma pregunta, aún sin respuesta. Ejemplo de ello, son los diversos artículos consultados que han sido escritos por juristas expertos en la materia criticando el mismo aspecto. Pero, lo que realmente despierta curiosidad es el tono en el que están escritos la mayoría de estos artículos, ya que se interpreta el contenido de la reforma como si estuviese dirigida a privar, de alguna manera, los derechos de visita y comunicación a los padres, en masculino, es decir, que la ley sólo afecta a los progenitores varones. Esta concepción debe desmentirse ya que se ha modificado la ley para amparar a los menores que sufren violencia tanto por parte de sus padres como de sus madres, así como de otros convivientes (parejas de sus progenitores, por ejemplo). Meses atrás, al saberse de la reforma, llegó a circular por las redes sociales un bulo que afirmaba que la "patria potestad del padre" se podía suspender con la reforma del artículo 94 del Código Civil.

La magistrada Lucía Avilés, fundadora de la Asociación de Mujeres Juezas, explica en el medio digital encargado de desmentir bulos *Maldita.es* que “la reforma del Código Civil no habla de la suspensión de la patria potestad, sino de la suspensión del régimen de visitas”. Avilés continúa explicando, en el mismo medio, que para suspenderlos no basta con sólo una denuncia ya que esta decisión la toma un juez, “no se hace de forma arbitraria”. Además, prosigue, y dice que "esta medida afecta a los progenitores sobre los que se haya iniciado un proceso penal y en aquellos supuestos en los que, aunque no se haya iniciado este proceso, hay un indicio razonado de criminalidad. Cuando la ley habla

de indicios no es una mera sospecha, es un indicio sólido de que aquello que parece estar ocurriendo está fundado en hechos objetivos”. También apunta que "un procedimiento penal no se inicia por la sola voluntad de una persona que ha puesto una denuncia, si no que comienza cuando hay un hecho delictivo y hay indicios de que se ha cometido". Es decir, también se tiene en cuenta "el atestado policial, las declaraciones de la persona denunciada y denunciante, la de los testigos -si los hubiera-, el parte de lesiones físicas, un informe forense, etcétera", agrega. Finalmente, la decisión dependerá de un juez "que actuará con todas las garantías procesales y de acuerdo a la ley". (Maldito bulo, 1 de julio 2021).

En relación a la posibilidad de suspender “con sólo una denuncia” el régimen de visitas o estancia de los progenitores que estén siendo investigados por violencia de género o doméstica, hay otras opiniones al respecto.

Natalia Velilla, magistrada de la [Asociación Francisco de Vitoria] AJFV, para este mismo medio afirma que “una técnica legislativa deficiente puede conseguir que, en el caso de denuncias cruzadas, el juzgador se vea en la tesitura de privar de toda comunicación al menor con ambos progenitores. La ausencia de pulcritud en la regulación podría conducir hipotéticamente al indeseado escenario de menores que deban ser declarados en situación de desamparo.” (Maldito bulo, 1 de julio 2021).

José Luis Cembrano, vocal de [la Asociación Española de Abogados de Familia] AEFA, también reconoce que hay que tomar este artículo con "cautela" porque "es un tema muy delicado". Considera discutible que "el juez tenga que motivar por qué tienes que seguir viendo a tu hijo y no al revés, cuando se suspende el régimen de visitas"; y especifica que este texto puede ser "interpretativo", ya que abre la puerta a que "una denuncia por malos tratos, con la consiguiente apertura de un procedimiento penal, bastará para privar del régimen de visitas al progenitor". (Maldito bulo, 1 de julio 2021).

Por lo tanto, como podemos apreciar, no hay un consenso a la hora de interpretar la nueva reforma del artículo 94 CC, así como de las consecuencias posibles que puede acarrear su aplicación práctica. Otra de las cuestiones que manifiestan las y los juristas es la posible cuestión de inconstitucionalidad que puede plantear el art. 94 CC por vulnerar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

b. Posible inconstitucionalidad del precepto

Como se ha venido señalando, son numerosos los juristas que critican, por diversas razones, la nueva redacción del artículo 94 CC. Uno de los motivos que genera dudas es si este artículo es o no conforme a la Constitución, es decir, si se ajusta o no a la constitucionalidad.

Para la magistrada Natalia Velilla Antolín, el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil (CC) podría ser inconstitucional al establecer de “forma automática” una sanción de naturaleza civil como consecuencia de un proceso penal. Según ha recogido el medio digital *Confilegal*:

La magistrada Velilla ha elevado una cuestión de inconstitucionalidad ante el máximo tribunal de garantías que tiene relación a la protección del menor. Por eso ha solicitado al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 94, párrafo cuarto, del Código Civil, modificado por Ley el pasado 2 de junio de 2021.

A su juicio vulnera lo establecido en varios artículos (10.1; 14; 24.2; 39.2 y 81.1) de la Carta Magna. (28 de marzo 2022).

Por su parte, Calzadilla Medina, también planteaba esta posibilidad en su trabajo, indicando que es una cuestión compleja pero que “al ser la cuestión ciertamente discutible, no debería sorprender que se interponga una cuestión de inconstitucionalidad” (2021). Su trabajo fue publicado a finales de 2021 y ya, en marzo de 2022, se ha planteado la primera cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, por lo que no se equivocaba con sus predicciones.

Retomando el punto de vista de la magistrada Velilla, en el blog *Hay Derecho*, la misma determina que el “primero de los motivos por los que el cuarto párrafo del artículo 94 CC es inconstitucional, [es] porque debió aprobarse por ley orgánica al afectar a un derecho fundamental, el de la presunción de inocencia”. (Velilla Antolín, 4 de abril 2022).

Velilla continúa expresando lo siguiente:

Algunos aplaudieron la reforma considerando un avance que los jueces prohibieran las comunicaciones y estancias de los menores con aquel progenitor

que estuviera incurso en un proceso penal por violencia de género o doméstica por ejercer violencia contra su pareja o contra sus hijos. Siento decepcionarles si les digo que esa posibilidad ya existía: cuando un menor era víctima de violencia doméstica por parte de uno de sus progenitores, corría peligro de ser víctima directa o indirecta de violencia doméstica o de género o, simplemente, cuando no podía garantizarse la seguridad y el bienestar de un menor cuando se encontraba con alguno de sus progenitores, los jueces ya podíamos limitar o excluir el contacto del menor con ese progenitor. ¿Qué ha regulado el artículo 94 CC entonces? En esencia, nada nuevo. Simplemente ha excluido la potestad del juez para decidir en cada caso concreto si, existiendo un proceso abierto por alguno de estos delitos, lo mejor para el menor es seguir relacionándose o no con su progenitor. Con la nueva redacción, el juez está obligado (“no procederá (...)” “y, si existiera, se suspenderá”).

Esta regulación, a mi juicio, vulnera el derecho de los menores al libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 10.1 CE. Este derecho está íntimamente relacionado con el desarrollo afectivo y educativo que los padres les proporcionan, contribuyendo estos por igual, cada uno con sus roles y con sus diferentes aportaciones, a la formación de su personalidad. Privarles automáticamente del contacto con uno de ellos sin justificación, atenta contra el derecho del menor. (Velilla Antolín, 4 de abril 2022).

La magistrada Velilla, desarrolla todos los motivos por los que opina que este precepto no se ajusta a la legalidad, y finaliza puntualizando que

La lucha contra la violencia en la infancia es fundamental pero que ello no podrá lograrse si se limita la potestad jurisdiccional de Poder Judicial. Bajo su punto de vista, son los jueces los que pueden garantizar el interés superior del menor mediante el análisis de cada caso concreto, y para ello es necesario “dotar de medios personales a los juzgados con equipos psicosociales suficientes que emitan dictámenes en tiempos de espera razonables y construir una red de servicios sociales apegada a los juzgados que reciba a las víctimas, las apoye y les dote de lo mínimo necesario para superar la violencia”. (Velilla Antolín, 4 de abril 2022).

Se debe esperar a que el TC se pronuncie al respecto porque, probablemente, ésta no será la única cuestión de inconstitucionalidad que se va a presentar al respecto, ya que la reforma del artículo 94 CC ha traído consigo muchos interrogantes.

7. Conclusiones

A tenor de todo lo expuesto, se puede afirmar que, a lo largo de la historia, se han producido numerosas mejoras en el ámbito de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia que pueden sufrir los y las menores. Esta concepción de la protección que se ha de otorgar a niños y niñas se ha ido construyendo a lo largo de los siglos, puesto que antaño diversas formas de violencia eran consideradas incluso “necesarias”. Partimos de la Edad Media, donde los hijos estaban a merced de las elecciones del *pater familias*. En algunas ocasiones, niños y niñas, eran sometidos a trabajos forzados, eran maltratados, abandonados o, incluso, asesinados por sus propios padres o madres. Con el avance del pensamiento humano se empezó a dotar de cierto amparo a los mismos. Ya en la Edad Moderna se reconoció la importancia de que los menores tuvieran ciertas necesidades cubiertas para su correcto desarrollo (alimento, higiene, salud, educación, etc.). Nacieron así las primeras instituciones, orfanatos o casas de misericordia, encargadas de cuidar de los menores que eran abandonados y estaban desamparados. Más recientemente un ejemplo de justificación de la violencia ejercida por los progenitores, aunque de menor entidad, es el derogado derecho de corrección, que se recogía en el artículo 154 del CC que establecía que los padres “podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”. El citado derecho permaneció como tal hasta que en el año 2007, entró en vigor de la Ley de Adopción Internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre), que modificó la redacción del artículo 154 del Código Civil precisamente para eliminar la referencia a este derecho de corrección.

Actualmente, existen múltiples leyes y tratados que asumen la protección jurídica de infancia y adolescencia, partiendo de la Convención de Derechos del Niño que ha servido de inspiración para la redacción de las posteriores normas nacionales. A pesar de la existencia de estos mecanismos legales y normativos siguen sucediéndose múltiples episodios de violencia por parte de quienes tienen encomendado el cuidado de las y los menores, y así lo muestran las estadísticas, cuyas cifras son alarmantes. Por ello, es necesario seguir trabajando por dotar de seguridad a los más vulnerables y ofrecerles, en

la medida de lo posible, la mayor y mejor salvaguarda. También ha de tenerse siempre en cuenta el interés superior de la persona menor en todas aquellas decisiones y actuaciones que puedan afectarle, directa o indirectamente.

Con relación a la violencia que se puede llegar a ejercer durante el periodo que el hijo o la hija menor de edad se encuentra con el progenitor no custodio al amparo de un régimen de visitas fijado a raíz de la crisis familiar, es innegable que, la reciente reforma del art. 94 del CC se llevó a cabo con el objetivo de garantizar dicha protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia que pudieran sufrir por parte de cualquiera de sus progenitores, basándose precisamente en el derecho que tienen los menores a vivir y desarrollarse en un entorno libre de violencia. Pero como ya se ha señalado anteriormente, a pesar del espíritu de protección de la reforma, la misma ha generado mucha controversia así como múltiples interrogantes. Todo ello ocasionado por la interpretación, un tanto ambigua, que ofrece el precepto, por lo que se considera necesario que se realice una modificación del mismo, así como una acotación o limitación de la interpretación que debe dársele (algo que podría llevarse a cabo en la Exposición de Motivos de la ley de reforma), puesto que los operadores jurídicos ya se han encontrado con dificultades tanto en su interpretación como en su aplicación.

Por una parte, en la nueva redacción del precepto se determina que las circunstancias que impiden el establecimiento de un régimen de visitas en los casos de violencia contra los menores, se refieren tanto a los casos de violencia doméstica como a los casos de violencia de género. Por lo que la conclusión a la que hay que llegar es que la violencia puede llegar a ser ejercida tanto por los padres como por las madres, pese a que muchos medios de comunicación hayan planteado que únicamente esta reforma afecta a los progenitores varones.

Por otra parte, el uso de los imperativos por parte del legislador podría coartar la discrecionalidad del órgano judicial, puesto que si bien es cierto que se prevén excepciones a las reglas generales, ello es todavía más incoherente. Con anterioridad a la reforma se debía motivar el hecho de restringir el derecho de visitas y ahora, es al contrario, por defecto debe suspenderse este derecho (de existir) o no otorgarse por las causas previstas en el precepto, debiendo motivarse, en el supuesto en que el órgano considere oportuno conceder dicho derecho, en base al interés superior del menor y la

situación familiar (paterno-filial). La anterior redacción parece tener más sentido, dado que los derechos se tienen y se pueden llegar a limitar o incluso suprimir, pero no a la inversa.

Por otra parte, existen alternativas a la suspensión del régimen de visitas en los casos en los que pueda tener lugar dicha excepción, es decir, cuando el juez tenga la potestad de motivar la procedencia del disfrute del derecho de visitas (recordemos que no es un derecho sólo de los progenitores sino también de sus descendientes). Este derecho podría disfrutarse de una manera más segura (ya que esa es la finalidad del precepto), por ejemplo, en los puntos de encuentro familiar. Ello no ha quedado contemplado en la nueva redacción pero sería una opción que coartaría en menor medida los derechos de padres e hijos y que, además, dotaría de una mayor seguridad y protección a los menores, ya que tendría lugar un régimen de visitas con supervisión. Sería una alternativa viable en los casos en los que se permita legalmente establecer el régimen de visitas, y siempre y cuando se estime que relacionarse con el progenitor no custodio es lo mejor para el interés superior de la persona menor. Por tanto, han de tenerse en cuenta sus deseos y opiniones, en la medida de lo posible, según su grado de madurez, ya que los y las menores deben crecer en un entorno libre de violencia, pero también tienen derecho a relacionarse por igual con sus padres y madres, siempre que ello sea seguro, para que tengan un desarrollo lo más adecuado, normalizado y feliz posible.

8. Conclusión personal

La violencia es una lacra que ha existido siempre en la sociedad. Pero no debería seguir siendo así. Hay que trabajar y perseverar para acabar con todo tipo de violencia. Más aún con aquella que es ejercida contra las personas más vulnerables, como son los niños y niñas. Por ello, es necesario que se siga brindando la mayor seguridad y protección jurídica por parte de los poderes públicos, velando por el cumplimiento de las leyes que amparan dicha protección. También se debe incidir tanto en la reeducación de las personas adultas como en la educación que reciben las de menor edad, ya que, como dijo el psiquiatra estadounidense Karl Menninger “Lo que se dé a los niños, los niños darán a la sociedad”.

9. Referencias bibliográficas

- Berraondo Piudo, M. (2013). Los hijos como víctimas: el infanticidio en Navarra (siglos XVI-XVII). En *Memoria y Civilización Vol. 16 (2013): Violencia y Familia, Siglos XV-XVIII*. Revista del departamento de historia, historia del arte y geografía facultad de filosofía y letras. Universidad de Navarra. (pp. 55-82).
- Calzadilla Medina, M. A. (2021). La constitución de un régimen de visitas y de comunicación en el casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021 de 2 de junio. En M. A. Calzadilla Medina y C. Hernández López (eds.), *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia* (pp. 193-228). Aranzadi.
- Confilegal (28 de marzo 2022). Una magistrada plantea la inconstitucionalidad de la nueva redacción del artículo 94 del CC al vulnerar la presunción de inocencia. *Confilegal*. <https://confilegal.com/20220327-una-magistrada-plantea-la-inconstitucionalidad-de-la-nueva-redaccion-del-articulo-94-del-cc-al-vulnerar-la-presuncion-de-inocencia/>
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>
- Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>
- Durrant, J. E., Stewart-Tufescu, A., & Afifi, T. O. (2020). Recognizing the child's right to protection from physical violence: An update on progress and a call to action. *Child abuse & neglect*, 110(Pt 1), 104297. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2019.104297>
- Ervasti, K. (2018) Past, Present and Future of Mediation in Nordic Countries. En Nylund, A. Ervasti, K. Adrian, L. (eds.), *Nordic Mediation Research*. Springer
Open. <https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/27757/1002248.pdf?sequence=1#page=210>

- Holt, S., Buckley, H., & Whelan, S. (2008). The impact of exposure to domestic violence on children and young people: a review of the literature. *Child abuse & neglect*, 32(8), 797–810.
<https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2008.02.004>
- Instituto Andaluz de la Mujer. (s.f.). *¿Qué se entiende por Violencia Doméstica?* Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.
<https://www.juntadeandalucia.es/iamindex.php/1-violencia-de-genero/que-se-entiende-por-violencia-domestica>
- Instituto de la Mujer. (s.f.). *La violencia contra la mujer: definición.* Ministerio de Igualdad.
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/definicion/home.htm#:~:text=Esta%20ley%2C%20en%20su%20art%C3%ADculo,quienes%20est%C3%A9n%20o%20hayan%20estado>
- Instituto Nacional de Estadística. (2021). *Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG). Año 2020.*
https://www.ine.es/prensa/evdvg_2020.pdf
- Jabbaz Churba, M. (2021). Custody and Care of Children in Spain: Can the Two Rights be Reconciled? *Feminist Legal Studies*, 29(3), 351-373.
<https://doi.org/10.1007/s10691-021-09466-2>
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- 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.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222
- 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. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>
- 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. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-20727>
- Lorente Acosta, M. (2020). Gender-based violence during the pandemic and lockdown. *Spanish Journal of Legal Medicine*, 46(3), 139-145.
- Maldito bulo (1 de julio 2021). No, la "patria potestad del padre" no se puede suspender con la reforma del artículo 94 del Código Civil. *Maldita.es*.
<https://maldita.es/malditobulo/20210701/patria-potestad-padre-reforma-articulo-94-codigo-civil/>
- Manescau Martín, M. T. (2021). La violencia contra los menores en la edad media y edad moderna. En M. A. Calzadilla Medina y C. Hernández López (eds.), *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia* (pp. 59-84). Aranzadi.
- Ministerio de Igualdad. (04 abril de 2022). *Menores víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre en España. Datos provisionales*.
https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/VMortalesmenores_2022_04_04.pdf
- Nausia Pimoulier, A. (2013). Talis mater, talis filia: las malas madres en los siglos XVI y XVII. En *Memoria y Civilización Vol. 16 (2013): Violencia y Familia, Siglos XV-XVIII*. Revista del departamento de historia, historia del arte y geografía facultad de filosofía y letras. Universidad de Navarra. (pp. 27-54).
- Obladen, M. (2016). From Sin to Crime: Laws on Infanticide in the Middle Ages. *Neonatology (Basel, Switzerland)*, 109(2), 85-90.
- Piquero, A., Jennings, W., Jemison, E., Kaukinen, C., & Knaul, F. (2021). Domestic violence during the COVID-19 pandemic - Evidence from a

systematic review and meta-analysis. *Journal of Criminal Justice*, 74, 101806.

- Ramírez, L. (18 de junio 2021). ¿Puede una mujer ejercer violencia vicaria sobre un hombre? *The Objective*.
<https://theobjective.com/further/sociedad/2021-06-16/puede-una-mujer-ejercer-violencia-vicaria-sobre-un-hombre/>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Texto original. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=215&tn=1&p=18890725#art154>
- Universidad de Granada (Lorente Acosta, M. Luna del Castillo, J. Montero Alonso, M.A. y Badenes Sastre, M). (2022). *Impacto de la pandemia por covid-19 en la violencia de género en España*. Ministerio de Igualdad.
https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/igualdad/Documents/2022/140322_Estudio_impacto_COVID-19.pdf
- Vaccaro, S. (2 de febrero de 2019). ¿Qué es la violencia vicaria? *SONIA VACCARO. Psicóloga Clínica y Forense*.
<https://www.soniavaccaro.com/post/violencia-vicaria>
- Velilla Antolín, N. (4 de abril 2022). La posible inconstitucionalidad del artículo 94.4º del Código Civil. *Hay Derecho*.
<https://www.hayderecho.com/2022/04/04/posible-inconstitucionalidad-articulo-94-4o-codigo-civil/>