

MALTRATO INFANTIL Y MALTRATO ANIMAL COMO FORMAS DE VIOLENCIA VICARIA EN VIOLENCIA DE GÉNERO

CHILD ABUSE AND ANIMAL ABUSE AS FORMS OF VICARIOUS VIOLENCE IN GENDER VIOLENCE

Marta García Mosquera¹

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidade de Vigo - España

mmosquera@uvigo.gal

Resumen: La violencia de género constituye en España un problema poliédrico de magnitudes extraordinarias. La progresiva toma de conciencia y paulatina comprensión de sus diversas manifestaciones ha dado lugar a una continua adaptación de la regulación legal para hacer frente a sus consecuencias. El trabajo explora la respuesta del sistema penal español a la conocida como violencia vicaria en el contexto de la violencia de género, que recientemente suscita preocupación cuando se proyecta sobre los hijos e hijas menores de edad, pero que asimismo se extiende a los animales domésticos. La originalidad de la aportación consiste en examinar en paralelo la respuesta punitiva española frente a actos de maltrato infantil y de maltrato animal en este contexto, algo que se considera que puede suponer un aporte de reflexión para la mejora de la legislación en este ámbito.

Palabras clave: Maltrato infantil, maltrato animal, protección integral de la infancia y la adolescencia, violencia de género, violencia vicaria

Abstract: Gender violence constitutes a polyhedral problem of extraordinary magnitude in Spain. The progressive awareness and gradual understanding of its various manifestations has led to a continuous adaptation of the legal regulations to deal with its consequences. The work explores the response of the Spanish penal system to what is known as vicarious violence in the context of gender violence, which recently arouses concern when it is projected on minor sons and daughters, but which also extends to animals. The originality of the contribution consists in examining in parallel the Spanish punitive response to acts of child abuse and animal abuse in this context, something that is considered to be a reflection contribution for the improvement of legislation in this area.

Orcid¹: 0000-0001-7727-2731

Recibido: 25.06.2024

Aceptado: 04.09.2024

Keywords: Child abuse, animal abuse, comprehensive protection of children and adolescents, gender violence, vicarious violence

1. Introducción¹

Por más grotesco y odioso que pueda parecer, este trabajo parte de la conjetura de que la historia de la infancia y sus derechos corre a menudo en paralelo con la del reconocimiento legal de los intereses de los animales (cuando no, a la zaga de esta)².

Baste recordar que la literatura específica sobre el origen de los derechos de la infancia acostumbra a señalar de forma recurrente el hito que supuso en Estados Unidos, en 1874, el caso de la niña Mary Ellen Wilson en el surgimiento del reconocimiento de los niños y las niñas como sujetos merecedores de especial protección legal. Este caso, que viene siendo reconocido como el primero en Estados Unidos en que prosperó una petición judicial de amparo frente a un supuesto de maltrato infantil, ya aparece íntimamente enlazado con la protección del reino animal.

En efecto, aún con matices, los estudios acostumbran a señalar que, habiendo tenido conocimiento una trabajadora de la iglesia, llamada Etta Wheeler, de la gravísima situación de maltrato en que vivía la niña en su entorno familiar, el éxito judicial del caso se debió a la intervención de Henry Bergh, líder del movimiento de protección de los animales y fundador de la "Sociedad Americana para la Prevención de la Crueldad hacia los Animales", quien en su intervención ante el tribunal que conoció del caso afirmó: "(...) *represento a la Sociedad Americana para la Prevención de la Crueldad hacia los Animales. Esa niña es un animal, un animal humano. Si no hay justicia para ella como niña,*

¹ Abreviaturas utilizadas: Art. (artículo); BOE (Boletín Oficial del Estado español); CCiv (Código Civil español); CE (Constitución Española); CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos); CGPJ (Consejo General del Poder Judicial español); CP (Código Penal español, en versión vigente al momento de elaboración del trabajo); ed./eds. (edición/editor/es); LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal española); LO (Ley Orgánica); p. (página/s); RAE (Real Academia Española); s./ss. (siguiente/s); SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial); STS (Sentencia del Tribunal Supremo español).

² Nótese que omito conscientemente referirme a "derechos de los animales". Sin desconocer (ni adentrarme en) el profundo debate filosófico al respecto, que se extiende desde las primigenias aportaciones de autores como Peter Singer o Tom Regan sobre la consideración moral de los animales no humanos, hasta propuestas más recientes como las de Martha Nussbaum a favor de los derechos de los animales, considero más adecuado asumir que estos seres vivos no son titulares de derechos. Al menos (y siquiera, valga por ahora) porque no los tienen legalmente reconocidos en el ordenamiento jurídico español.

protejámosla entonces al menos como debemos proteger a un animal que vive en las calles (...)" (Braga Lourenço, D., 2018; Jalongó, M. R., 2006).³

Meses después del juicio, el activista Henry Bergh sería uno de los fundadores de la Sociedad de Nueva York para la prevención de la Crueldad hacia los Niños, establecida en 1875 y reconocida como la primera agencia de protección infantil en el mundo⁴.

Partiendo de esta primigenia coyuntura histórica -que bien podría haber quedado en el terreno de lo meramente anecdótico-, el trabajo se propone explorar algunas de las singulares y sórdidas coincidencias que cabe apreciar en nuestros días entre el tratamiento legal de la infancia y el de los animales frente al maltrato, tomando principalmente como referencia para ello el escenario de la violencia vicaria en violencia de género.

No es casual que existan lazos históricos entre el feminismo y el animalismo, que se retrotraen por lo menos a la época del movimiento sufragista, cuyas protagonistas vincularon su lucha a favor de las mujeres con aquellos otros modos de dominación de colectivos oprimidos y dominados, como los animales, los esclavos y los niños (Balza y Garrido, 2016).

En la época actual, y en un país como España, en donde los datos estadísticos apuntan que cada vez son más los hogares con perros que con niños o niñas, resulta interesante indagar qué propuestas se están implantando en la lucha por combatir la tiranía y el maltrato contra los animales y contra la infancia, especialmente cuando son cosificados como mero instrumento en el contexto de la violencia de género.

2. La violencia de género como violencia extendida

Una de las características que han sido destacadas de la violencia de género, como particularidad que la distingue frente a otras formas de violencia interpersonal, es que se trata de una "violencia extendida" o que "no se encapsula", en el sentido de que extiende sus efectos a otras personas que pertenecen al entorno más cercano de la mujer (víctima inmediata), y, en especial, a los menores convivientes (Reyes Cano, 2015, p. 182; Gómez Fernández, 2018, p. 9; Marín de Espinosa Ceballos, 2023, p. 234).

³ Debe señalarse que el origen de la Sociedad Americana para la prevención de la Crueldad hacia los Animales en Estados Unidos en 1866 estuvo inspirado en la teoría filosófica del anticrudelismo, que afirma que la crueldad es un vicio y que tenemos el deber directo de no ejercerla contra los animales, lo que supone un reconocimiento del estatus o valor moral de los animales, pero sin atribuirles derechos. Al respecto, Ortiz Millán (2017, p. 389).

⁴ <https://nyspcc.org/> (fecha de la última consulta: 15/11/2024).

Cabe recordar que la experiencia de la mujer víctima de violencia de género acostumbra a gestarse y desarrollarse, de inicio, en un entorno restringido a las miradas e intervención de terceros. Se trata de un período temporal generalmente prolongado, en el que la mujer ve progresivamente limitada su libertad personal, si bien esa situación suele pasar desapercibida incluso para su círculo más cercano (del que, en muchas ocasiones, el propio maltratador consigue apartarla física y/o socialmente). En la mayoría de los casos este paulatino aislamiento se sucede mientras la propia víctima minimiza, subestima, justifica u oculta la realidad que está viviendo, por múltiples razones, que van desde el desconcierto o la vergüenza y el miedo frente a posibles represalias, hasta la dependencia emocional o económica respecto del maltratador. En esta fase, difícilmente se extiende la violencia de género más allá de la propia mujer, salvo que existan menores convivientes (a lo que luego me referiré).

Los efectos expansivos, proyectando la violencia sobre terceras personas allegadas a la mujer, suelen desencadenarse a partir del momento en que el maltratador percibe que pierde el control sobre ella y que peligra la estrategia de dominación que hasta ese momento ejercía sin trabas. Es decir, desde que advierte signos inequívocos de que la mujer tiene posibilidades ciertas de liberarse de la subordinación; bien sea cesando la convivencia, bien presentando una denuncia por maltrato, o bien dando inicio –en su caso- a los trámites civiles de la demanda de divorcio (posibilidades que pueden darse de manera cumulativa o no). Es en ese momento, normalmente denominado de “ruptura de la pareja” –expresión, en mi opinión, desafortunada⁵- cuando se incrementa exponencialmente el riesgo para la mujer y, simultáneamente, cuando en ocasiones el maltratador emprende de muy diversas maneras la contienda, ya con quienes le sirven de apoyo en su proceso de emancipación (familiares o amistades próximas, o incluso, en algunos casos, profesionales de asesoramiento), ya con quienes simbolizan o representan la quiebra definitiva de la dependencia (caso de la posible nueva pareja), ya con aquello a lo que la mujer puede estar afectivamente vinculada (caso de los animales de compañía), o ya, por fin, con las personas más íntima y vitalmente ligadas a ella (sus hijos y/o hijas menores, en caso de haberlos).

⁵ Igualmente desafortunadas considero las expresiones de “ruptura de los progenitores” y (más aún) “ruptura familiar”, que emplea la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su art. 28. Creo que, para evitar estereotipos asociados a determinadas concepciones de la pareja y de la familia, resultaría más apropiado emplear términos más neutros como “separación de los progenitores”, “fin de la relación de pareja”, “disolución de la convivencia”, “transformación (o evolución) de las relaciones familiares”, etc.

En el caso de la violencia de género que se ejerce sobre la mujer con hijos o hijas menores de edad, y dejando al margen otros factores asociados (como puede ser la propia percepción que pueda tener la mujer del papel que representa el maltratador en la vida de los hijos e hijas), la amenaza implícita o explícita respecto de posibles comportamientos lesivos en relación con aquellos ante una eventual separación, actúa frecuentemente como freno u obstáculo para que la mujer tome la decisión de salir del círculo de la violencia (Calzadilla Medina, 2023, p. 55). En España, el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General de Poder Judicial ha señalado en su "Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja en los años 2016 a 2018"⁶, que las cifras sobre feminicidios⁷ ponen de manifiesto que la maternidad es un factor que hace más vulnerables a las mujeres maltratadas y guarda relación con el elevado porcentaje de casos sin denuncia: la víctima tiene miedo y no denuncia ante el temor añadido de represalias del maltratador contra sus hijos.

En estos supuestos de maltrato a mujeres con hijos o hijas resulta incuestionable que la violencia de género proyecta sus efectos ya en esa primera fase sobre los propios menores que viven en el contexto familiar donde la violencia se desarrolla. El mero hecho de convivir en un escenario donde el niño o la niña observa o percibe el maltrato hacia quien constituye su principal figura de apego (la madre) supone una forma de violencia psicológica hacia la infancia que provocará en el niño o la niña secuelas de diverso signo, a corto y a largo plazo⁸ (Rosser Limiñana, 2017), a lo que hay que añadir los eventuales efectos derivados de una disminución de las habilidades de la mujer como madre a consecuencia de los síntomas psicológicos y físicos asociados a dicha situación, pues, como ya se ha subrayado, la violencia daña la parentalidad (Reyes Cano, 2015, 187).

⁶ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/> (fecha de la última consulta: 15/11/2024).

⁷ Hay que aclarar que el concepto de "feminicidio" no aparece recogido en la legislación española, si bien viene siendo utilizado en sus estudios por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, tal como se recoge en la definición de la RAE ("Asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia"), en consonancia con su utilización en los documentos elaborados por distintos organismos internacionales.

⁸ Ya la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa reconoció en su Resolución 1714 (2010) que ser testigo de la violencia perpetrada contra su madre es una forma de abuso psicológico contra el niño con consecuencias potencialmente muy graves en su ajuste psicosocial, desarrollando la Recomendación 1905 (2010) (Children who witness domestic violence) sobre acciones específicas en este ámbito.

Pero, además, es precisamente en estos casos de violencia de género (en los que existen hijos o hijas en común con el agresor), donde la fase de separación efectiva de la mujer (o su mero propósito en firme, así percibido por el agresor) precipita el riesgo de derivación de la violencia hacia las personas más vulnerables y a la vez más propicias para causar el mayor dolor posible a la mujer.

3. La violencia vicaria hacia la infancia y los animales en violencia de género

Como ya se ha señalado, en el contexto de la violencia de género, la fase de emancipación o de separación efectiva de la mujer desencadena en muchas ocasiones un efecto expansivo de la violencia que no deja de ser una forma instrumental de perpetuar el maltrato contra ella. En fechas relativamente recientes se ha venido acuñando el término de “violencia vicaria” para referirse a esta violencia por sustitución o vehicular, que se ejerce para causar el mayor mal posible a la mujer. Se concibe así la violencia vicaria como una violencia secundaria a la víctima principal porque se pretende controlar, dominar y dañar a la mujer a través de terceros, esto es, por persona interpuesta (Marín de Espinosa Ceballos, 2023, p. 247).

3.1. Las personas menores como víctimas de la violencia vicaria en violencia de género

3.1.1. Aproximación a la violencia vicaria de menores y antecedentes en España

Aunque se manejan distintas concepciones del término (pues son varios los posibles destinatarios), la realidad que suscita mayor alarma y preocupación, y a la que de forma prioritaria se ha asociado el concepto de violencia vicaria es la violencia que el maltratador ejerce contra los hijos e hijas menores de edad, llegando a acabar con su vida, con la única o principal intención de hacerle daño a la madre. Por esta razón, y para poner el foco en la infancia, evitando considerarla como una mera “derivación” de la violencia contra la mujer (que también lo es) se ha propuesto el empleo de términos alternativos como “maltrato infantil de género” para referirse a aquel maltrato que persigue como única razón el seguir ejerciendo violencia de género en determinados casos en que ya no se puede ejercer de forma directa sobre la víctima, pero cuyo único fin es seguir atendiendo contra la mujer⁹.

⁹ Particularmente interesante resulta en este sentido el trabajo de García de Murcia (2022), que reivindica la adopción de la perspectiva de los derechos de la infancia en la protección de las víctimas de violencia de género, dejando a un lado la visión adultocéntrica de la violencia que se ejerce sobre niños, niñas y adolescentes.

En España se ha venido prestando atención al problema de la violencia vicaria, sobre todo, a raíz del caso de Ángela González Carreño¹⁰. Si este caso tuvo especial repercusión, no fue desde luego por ser el único ni el primero de idénticas características¹¹, sino porque Ángela consiguió llevar su caso ante el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), organismo que el 16 de julio de 2014 dictaminó que el Estado español había infringido los derechos de Ángela y su hija Andrea reconocidos en la Convención¹². En opinión del Comité, los elementos del caso “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”. Considera, además “que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia, incumpliendo sus obligaciones en relación con los artículos 2 a), d), e) y f); 5 a); y 16, párrafo 1 d), de la Convención”, y concluye que “la ausencia de medidas reparatorias constituye una violación por parte del Estado de sus obligaciones bajo el artículo 2 b) y c) de la Convención”.

Este dictamen motivó que el TS español acabase por reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado español por daños morales a Ángela (en base al carácter vinculante del dictamen del CEDAW) en su STS (sala de lo Contencioso) 1263/2018, de 17 de

¹⁰ Resumidamente, los antecedentes del caso son los siguientes: En el año 1999, cuando su hija Andrea tenía tres años de edad, y tras muchos años sufriendo violencia de género, Ángela se separó de su marido, Felipe Rascón, después de que él la amenazara de muerte con un cuchillo en presencia de la niña. Durante varios años, en los que el maltrato continuó, ella interpuso más de cincuenta denuncias ante los tribunales españoles instando medidas de protección para ella y su hija, y especialmente, que no se le permitiera al padre disfrutar del régimen de visitas a solas con la niña; algo que no consiguió. El día 24 de abril de 2003, y a la salida de una audiencia judicial sobre el asunto, su ex marido se acercó a ella diciéndole “te quitaré lo que más quieres”. Ese mismo día la policía encontró los cuerpos sin vida de la menor Andrea (de siete años) y de su padre, Felipe Rascón, concluyendo que él había disparado a la niña y posteriormente se había suicidado.

¹¹ Considera necesario reforzar la responsabilidad pública en materia de violencia de género en relación con las hijas e hijos de madres maltratadas Peral López (2020).

¹² Referencia del Dictamen: CEDAW/C/58/D/47/2012. Accesible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/58/D/47/2012&Lang=en

julio¹³, que supuso un hito jurisprudencial y un precedente histórico en el derecho internacional de los derechos humanos, según los expertos de Naciones Unidas. No puede dejar de señalarse que tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal habían manifestado su oposición a la estimación de la pretensión en ese procedimiento.

En una entrevista concedida por Ángela en 2017 a los medios de comunicación se le preguntó: “¿Qué aconsejarías a una mujer que sea obligada a permitir visitas no vigiladas con un padre maltratador?”. Su respuesta fue: “Que se vaya de España. Yo hoy me iría de España lo más lejos posible, sin pensarlo”. Pues bien, aun cuando hoy por hoy, y a la vista del fatal desenlace en su caso –que, desde luego no es el único¹⁴– parece difícil no compartir las razones de esta respuesta, hay que señalar, sin embargo, que, si así lo hiciera hoy cualquier otra mujer en idénticas circunstancias, tendría que confiar en no ser localizada y puesta a disposición de la justicia penal española; pues en caso contrario sería penalmente castigada por un delito de sustracción de menores, del art. 225 bis CP (delito que está castigado con pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, por tiempo de cuatro a diez años).

3.1.2. Situación actual de la violencia vicaria sobre menores a nivel estadístico y legal

En España no es hasta 2013 cuando se incorporan a las estadísticas oficiales por violencia de género el número de hijos e hijas menores que han sido víctimas mortales de esta violencia. Desde 2013 hasta el 14 de noviembre de 2024 (fecha de actualización de datos en la página oficial de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género)¹⁵ han sido 61 las personas menores víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre o tutora legal en España.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), y ratificado por España en 2014, ya establecía en su art. 31 medidas específicas para prevenir la violencia hacia los hijos e hijas menores en contextos de

¹³ ECLI:ES:TS:2018:2747.

¹⁴ Si tomamos como referencia el año 2021, en el que se contabilizaron 7 menores víctimas mortales por parte del progenitor en contextos de violencia de género, resulta que en 4 de los casos existía una o más denuncias previas interpuestas por la madre. Pueden consultarse las estadísticas en:

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm>

(fecha de la última consulta: 15/11/2024).

¹⁵ Pueden consultarse las estadísticas en:

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm>

(fecha de la última consulta: 15/11/2024).

violencia contra la mujer: "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 no hay por ahora ninguna norma de rango estatal que incorpore la expresión de violencia vicaria. Sí aparece, aunque de manera tangencial, en el Pacto de Estado contra la violencia de Género (documento refundido de medidas, de 13 de mayo de 2019)¹⁶. Y asimismo algunas normas autonómicas hacen referencia expresa al concepto "violencia vicaria" en sus respectivas leyes de prevención y tratamiento integral de la violencia de género¹⁷.

En todo caso, la norma que ha supuesto un importante avance legislativo en el tratamiento de la violencia vicaria hacia niños, niñas y adolescentes ha sido la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia contra la violencia. Aunque sin usar el término violencia vicaria, incluye un apartado 4 al art. 1 de la LO 1/2004 para ampliar el concepto de víctima de violencia de género en los siguientes términos: "4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus

¹⁶ En concreto, en la medida 198, que dispone "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 quienes hayan padecido violencia vicaria o violencia "por interpósita persona", esto es, el daño más extremo que puede ejercer el maltratador hacia una mujer: dañar y/o asesinar a los hijos/as". Disponible en:

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf (fecha de la última consulta: 15/11/2024).

¹⁷ En concreto (y por orden de antigüedad en su incorporación): Art. 1.1 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Andalucía, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (introducido por la Ley 7/2018, de 30 de julio); Art. 1.2, 2.º párrafo, de la Ley 11/2007, de 27 de julio de Galicia, para a prevención y el tratamiento integral de la violencia de género (introducido por Ley 14/2021, de 20 de julio); Art. 4.2.h) de la Ley 5/2008, de 24 de abril, de Cataluña, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (introducido por la Ley 17/2020, de 22 de diciembre) y Arts. 1.1 y 4.3 de la Ley 11/2022, de 20 de septiembre, contra la Violencia de Género de La Rioja.

familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”¹⁸.

A) Respuesta penal a la violencia vicaria ejercida sobre menores

A esa misma ley de 2021 se debe también la inclusión, dentro de los delitos de homicidio y asesinato, de un segundo párrafo en el art. 140 bis CP, para obligar al tribunal a imponer la pena de privación de la patria potestad, tanto si la víctima y el autor tienen un hijo o hija en común (lo que comprende los casos de feminicidio), como si la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos o hijas si existieran (lo que resulta aplicable a los supuestos de filicidio por venganza).

Respecto de la respuesta penal que merecen los casos de dar muerte a los hijos o hijas menores de edad como forma de violencia vicaria, cabe señalar que, con carácter general, tanto el homicidio como el asesinato prevén una pena agravada cuando la víctima del delito sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. En el caso del homicidio, ello supone la imposición de la pena superior en grado (art. 138.2.a CP), y en el caso del asesinato, la imposición de la pena de prisión permanente revisable (art. 140.1.1.ª CP). En los casos de filicidio se podrán apreciar asimismo como circunstancias agravantes genéricas, tanto la agravante de parentesco (art. 23 CP) como la de cometer el delito por razones de género (art. 22.4.ª CP). Por su parte, el desvalor que este hecho supone para la madre empieza a ser reconocido por los tribunales como delito de lesiones psíquicas (en relación de concurso medial con aquel), con la eventual aplicación de la circunstancia agravante de cometer el delito por razones de género (art. 22.4.ª CP)¹⁹.

Ahora bien, la forma adecuada de preservar a las personas menores de las consecuencias de la exposición a la violencia de género, y muy especialmente de las diversas formas de violencia vicaria ejercida contra ellos, incluido el trágico e irreparable atentado contra su vida, es tomar en cuenta estas circunstancias a la hora de decidir sobre el régimen de custodia, comunicación y estancias del menor con el progenitor desde el

¹⁸ El apartado 1 de la LO 1/2004, dispone o siguiente: “1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra 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”.

¹⁹ Ejemplos de lo señalado, en SAP A Coruña-Tribunal Jurado 484/2018, de 16 de octubre (ECLI:ES:APC:2018:1647); SAP Valencia 455/2019, de 21 de octubre (ECLI:ES:APV:2019:3678).

mismo momento en que tiene lugar, bien la denuncia de la mujer en el orden penal, o bien los trámites civiles de la demanda de divorcio.

En el primer caso (esto es, si se inicia un proceso penal contra el maltratador), las medidas de protección cautelar durante la tramitación del procedimiento por violencia de género son abundantes, y ponen en manos del órgano judicial un amplio elenco de herramientas de protección y aseguramiento que pueden ser acordadas frente al inculgado por violencia de género. En todo caso, y por lo que se refiere a las medidas civiles que pueden judicialmente adoptarse en el contexto de la orden de protección (como supuesto más habitual en materia de violencia de género contra mujeres madres, regulada en el art. 544 ter LECrim), cabe señalar que son meramente potestativas. Y lo son incluso en aquellos casos en que se entienda procedente la adopción de la orden de protección respecto de la mujer; algo que, desde luego, descansa en la concepción legal de que es posible escindir en el presunto maltratador (piénsese que estamos ante medidas cautelares; esto es, adoptadas sobre la base de indicios de criminalidad) entre el rol de pareja y el rol de padre. En otras palabras: que el maltrato puede afectar a la mujer, sin afectar a la persona menor en sus relaciones paterno-filiales con el presunto maltratador.

Añádase al carácter potestativo, que las medidas civiles que en su caso adopte en el proceso penal el Juzgado de Violencia contra la mujer en relación con las personas menores (esto es, todas las relativas a suspensión de la patria potestad, del régimen de estancias, visitas o comunicación con el presunto maltratador), tienen únicamente una vigencia temporal de treinta días, plazo dentro del cual, si la mujer desea que se mantengan durante la tramitación de la causa penal, debe instar su ratificación o modificación en un proceso de familia ante la jurisdicción civil (art. 544 ter.7 LECrim). Este perentorio plazo acaba por convertirlas en una muy pasajera solución de urgencia para la mujer, en relación con sus hijos e hijas, en momentos clave para la seguridad de estos²⁰.

Cabe añadir que no parece suficientemente claro en la práctica judicial si, instada una orden de protección al amparo del art. 544 ter LECrim, es posible denegarla respecto de la mujer, pero adoptar las medidas civiles correspondientes respecto de los menores, pues de la propia regulación legal parece deducirse que estas últimas sólo

²⁰ Como sostiene Gómez Villora (2022, p. 4) "Ese pronunciamiento acerca de las medidas civiles resulta esencial para la propia tranquilidad de las víctimas, cuya preocupación en el momento de la presentación de la denuncia y solicitud de la orden de protección es muchas veces, incluso más que su propia seguridad, saber qué va a suceder respecto de sus hijos/as".

proceden como un mero complemento de aquella²¹. Es cierto que el art. 544 quinquies LECrim establece la posibilidad de adoptar específicamente respecto de las personas menores aquellas mismas medidas civiles, siempre que se investigue un delito de los contenidos en el art. 57 CP²² (entre los que se cuentan los de violencia de género), pero en la práctica, el citado precepto apenas parece ser alegado ni (consiguientemente) valorado por los órganos judiciales en estos casos. Y en aquellos supuestos en que se suscita su aplicación se aprecia una propensión judicial a una interpretación marcadamente restrictiva²³.

Por otro lado, puede señalarse que el Auto por el que la autoridad judicial se pronuncia sobre la adopción o denegación de la orden de protección respecto de la mujer y, junto a ella, en su caso, sobre las medidas civiles respecto de los hijos o hijas, es susceptible de recurso de reforma (ante el propio órgano que ha dictado la resolución) y de recurso subsidiario de apelación (ante la respectiva Audiencia Provincial, como órgano superior). Pues bien, ocurre con mucha frecuencia que cuando el asunto llega a la Audiencia Provincial en vía de recurso, ya han transcurrido los mentados treinta días; de modo que el órgano superior ya no está en condiciones de pronunciarse en relación con cualquier modificación respecto de las medidas civiles que hubiera adoptado el juzgado de instancia. Incluso cabe añadir que no es unánime la jurisprudencia en la cuestión de si cabe interponer recurso de apelación frente a la adopción (o la no adopción) de las

²¹ Tajante en esta cuestión, el Magistrado Gómez Villora (2022, p. 6), quien sostiene que no es posible el dictar una orden de protección únicamente con medidas de naturaleza civil, pues las medidas civiles de la orden de protección van siempre anudadas y supeditadas a la adopción de medidas penales.

²² El art. 544 quinquies LECrim fue introducido en virtud de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito y prevé expresamente que, en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 CP, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, puede adoptar motivadamente una serie de medidas entre las que se encuentran la suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores, la suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento y la suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor. Los delitos mencionados en el art. 57 son: homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares.

²³ La interpretación restrictiva no solo afecta a la forma de valorar los indicios de delito, sino sobre todo a la exigencia (y estimación) de una "situación grave y extraordinaria de riesgo" para los menores.

medidas de naturaleza civil acordadas en la citada orden de protección, tratándose de una cuestión controvertida sin respuesta pacífica en la doctrina jurisprudencial²⁴.

A todas las limitaciones que resumidamente se han expuesto en relación con las posibilidades de protección y aseguramiento cautelar de las personas menores durante la tramitación de la causa penal por violencia de género, cabe aún agregar que los datos estadísticos revelan la escasa influencia práctica del reconocimiento de la infancia y la adolescencia como víctimas directas de esta violencia²⁵, pues los tribunales apenas adoptan medidas cautelares para proteger al menor del agresor. Contundente al respecto se muestra Marín de Espinosa Ceballos (2018, p. 15 s.) cuando sostiene: “en definitiva, los menores que conviven con la mujer que ha sido maltratada continúan siendo invisibles (...)”.

En este sentido, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha supuesto un avance –relativo, pero apreciable–, en la medida en que ha modificado el apartado 7 del art. 544.ter LECrim, para incluir el siguiente párrafo:

“Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial”.

²⁴ Como argumentos en contra de la posibilidad de recurso se señalan, esencialmente (1) que el propio art. 544 ter LECrim diferencia con claridad el régimen jurídico de las medidas cautelares de orden penal (respecto de las que no establece plazo de vigencia alguno) y las medidas de carácter civil (cuya vigencia se limita a treinta días), diseñando para estas últimas un sistema revisor propio ante la jurisdicción civil; y (2) que, de admitirse recursos en vía penal respecto de las medidas civiles podrían producirse graves disfunciones entre lo resuelto por las correspondientes secciones penales de la Audiencia Provincial y lo resuelto por el Juez civil.

²⁵ Cabe señalar que en España no es hasta la promulgación de la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, cuando se modifica en este ámbito el estatus de las personas menores (hasta ese momento consideradas víctimas indirectas), pasando desde entonces a ser reputadas víctimas directas de la violencia de género.

De este modo, la regla general pasa a ser la adopción de oficio de las medidas civiles mencionadas, mientras que la no adopción (que, además, debe ser instada por la parte afectada) ha de suponer la excepción, siempre que el órgano judicial lo estime procedente en atención al superior interés del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar.

Esta reforma legal ha tenido cierto reflejo en los datos estadísticos del Observatorio español contra la Violencia Doméstica y de Género referidos al año 2023 (últimos disponibles a la fecha de elaboración de este trabajo), traducándose en un sensible incremento del porcentaje de casos en que se han adoptado las medidas de suspensión del régimen de visitas (12,75%), suspensión de la patria potestad (1,30%) y suspensión de la guarda y custodia (7,80%); si bien el propio Observatorio advierte que se mantiene la baja proporción de las medidas civiles respecto de las penales²⁶, apreciándose, además, respuestas muy dispares en función de la provincia o la comunidad autónoma del órgano judicial competente para resolverlas (Peral López, 2020, p. 175).

Por lo que hace a las medidas de protección definitiva cuando se produce una condena²⁷ por violencia de género, dentro del catálogo de penas, el CP español contempla algunas que, por su contenido, se destinan específicamente a la protección de las personas menores, y que eventualmente pueden llegar a imponerse en procesos penales por violencia de género. Se trata, particularmente, de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento (art. 46 CP), la privación de la patria potestad (art. 46 CP), y la inhabilitación especial para profesiones, oficios o actividades que conlleven contacto con menores (art. 45 CP). En el siguiente cuadro se

²⁶ En todo caso, resulta difícil hacer una valoración de la aplicación efectiva de la reforma de 2021 en este sentido, porque los datos aportados refieren el porcentaje de adopción de las medidas civiles respecto del total de casos tramitados en los Juzgados de Violencia contra la Mujer (sin distinguir aquellos en los que existen menores de aquellos en los que no).

²⁷ Conviene señalar que, según se desprende de las estadísticas oficiales, el porcentaje de asuntos tramitados en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que terminan en un sobreseimiento (libre o provisional) es particularmente elevado. Así, según los respectivos Informes anuales del Observatorio español contra la Violencia Doméstica y de Género de los últimos cinco años disponibles, el porcentaje de casos finalizados con sobreseimiento ha sido del 40,21% en 2019; 41,75% en 2020; 42,09% en 2021 y 41,96% en 2022 y 41,64% en 2023. Por tanto, es amplio el volumen de casos de violencia de género en que, no existiendo una condena efectiva (generalmente, por falta de prueba bastante) la tutela de los menores implicados queda derivada a la jurisdicción civil; espacio en donde, a menudo, el padre que fue investigado con resultado de sobreseimiento o absolucón, esgrime de manera tendenciosa aquel pronunciamiento del orden penal en el proceso civil sobre la custodia de los menores.

recogen aquellos delitos de la parte especial que específicamente contemplan alguna de estas penas, bien con carácter preceptivo, o bien con carácter potestativo:

<i>Delito</i>	<i>Inhabilitación especial patria potestad (art. 46 CP)</i>	<i>Privación de la patria potestad (art. 46 CP)</i>	<i>Inhabilitación especial para profesiones, oficios o actividades que conlleven contacto con menores (art. 45 CP)</i>	<i>Carácter</i>
Feminicidio (art. 140 bis CP)		X		Preceptivo
Filicidio (art. 140 bis CP)		X		Preceptivo
Mutilación genital (art. 149.2 CP)	X			Potestativo
Lesiones leves o maltrato de obra en violencia familiar (art. 153.1 y 2 CP)	X			Potestativo
Lesiones sobre menores (art. 156 quinquies CP)			X	Potestativo
Amenazas leves en violencia familiar o de género (art. 171.4 y 5 CP)	X			Potestativo
Coacciones leves en violencia de género (art. 172.2 CP)	X			Potestativo
Violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2 CP)	X			Potestativo
Trata de seres humanos sobre menores (art. 177 bis CP)			X	Preceptivo
Delitos sexuales contra menores (art. 192.3 CP)	X	X		Preceptivo (una u otra)
Delitos sexuales contra mayores de edad (art. 192.3 CP)	X	X		Potestativo (una u otra)
Delitos sexuales (todos los castigados con pena privativa de libertad) (art. 193.2.3 CP)			X	Preceptivo
Venta de menores (art. 221.1 CP)	X			Preceptivo
Sustracción de menores (225 bis CP)	X			Preceptivo
Otros delitos contra las relaciones familiares (art. 226 y 233 CP)	X			Potestativo

Hay que señalar que los dos únicos casos en que es preceptiva la imposición de la pena de privación de la patria potestad (feminicidio y filicidio) se deben a la reforma operada en el CP por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Hasta la entrada en vigor de esta ley, su imposición resultaba potestativa (y solo como pena accesoria) siempre que el órgano judicial apreciase una vinculación y relación directa entre el delito y el perjuicio para el desarrollo integral del menor; algo que –aún en estos casos gravísimos- no siempre estimaban los jueces y tribunales²⁸.

Fuera de los casos en que están previstas como penas principales, las tres penas señaladas pueden imponerse como penas accesorias para limitar la relación de la persona menor con el agresor, cuando el delito de que se trate sea castigado con pena de prisión (arts. 55 y 56 CP), si bien para ello se requiere que los derechos a los que afecta la pena hayan tenido relación con el delito cometido, debiendo determinarse en la sentencia esta vinculación.

Pues bien, a pesar de que en la actualidad parece advertirse un paulatino cambio de tendencia, lo cierto es que, durante años, estas penas privativas de derechos apenas han sido apreciadas para proteger a los menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género, observándose en la jurisprudencia una clara resistencia a aplicar en particular en el proceso penal la pena de privación de la patria potestad (Marín de Espinosa Ceballos, 2018, p. 17 ss.)

Además de las penas que hasta ahora hemos referido, conviene tener presente que la pena de alejamiento del art. 48.2 CP debe imponerse preceptivamente como accesoria (art. 57.2 CP) en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares, cuando estos delitos hayan sido cometidos contra alguna de las personas incluidas en el contexto de la violencia familiar o de género. El apartado 2 del art. 57 CP, que otorga carácter obligatorio a la imposición de las penas de alejamiento para las víctimas señaladas, fue introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que, a su vez, dando nueva redacción del art. 48.2 CP, incorporó como pena en dicho precepto la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancias, a través de la adición del inciso que a

²⁸ Véase al respecto, Magro Servet (2022-2, p. 21 ss.)

continuación figura enfatizado: “La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, *quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena*”.

A pesar del carácter obligatorio que se deduce del tenor literal, la Exposición de Motivos de la Ley parecía reputarle carácter potestativo, al sostener: “se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, *estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos (...)*”. Basándose en este argumento, la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado sobre la aplicación de la LO 15/2003 entendió que pese a la “defectuosa redacción” del precepto, había de optarse por una interpretación del mismo acorde con la necesaria individualización de la pena a las circunstancias del autor y el hecho y respetuosa con el principio del superior interés del menor; concluyendo la Fiscalía que “la suspensión del régimen de visitas procederá, por tanto, cuando la pena de prohibición de aproximación se hubiera acordado respecto de los hijos atendiendo a las circunstancias del caso”.

Pues bien, aunque se trata a todas luces de una interpretación *contra legem*, lo cierto es que, en la práctica de los tribunales españoles, lo habitual sigue siendo el mantenimiento del derecho de visitas respecto de los menores para los condenados por violencia de género, incluyendo, en muchos casos, el mandato a las madres maltratadas para que aseguren la presencia del padre violento en la vida de sus hijos e hijas, bajo apercebimiento de cambios de custodia y de condenas penales por desobediencia –que, en los peores de los casos, acaban haciéndose realidad (cfr. ampliamente, Reyes Cano, 2020, p. 129-162).

Un ejemplo reciente de lo que se acaba de señalar lo encontramos en la STS, Sala de lo Civil, 625/2022, de 26 de septiembre²⁹, en la que –habiendo pasado el caso por dos instancias anteriores- el TS acaba por suspender el régimen de visitas de un padre condenado en marzo de 2019 (con la agravante de reincidencia) por varios delitos de violencia de género contra la madre. Las instancias inferiores habían acordado tales visitas, a pesar de la pena de alejamiento que, respecto de la mujer, se le había impuesto al

²⁹ ECLI:ES:TS:2022:3402.

sujeto y que, según liquidación de condena, estaba vigente hasta el 17 de mayo de 2025. Cabe añadir que, en el caso, se trataba de una niña nacida en 2017; es decir, de aproximadamente dos años en el momento de la condena por violencia de género, y que ha tenido que esperar a cumplir los cinco años para que el TS español dictamine que no procede que sea sometida a visitas con el padre. Esto confirma que la suspensión del régimen de visitas que taxativamente dispone el art. 48.2 CP no se está aplicando y, por el contrario, es la mujer la que se ve obligada a instarlo judicialmente.

B) Respuesta civil a la violencia vicaria ejercida sobre menores

A la vista de las limitaciones que presentan las medidas que pueden adoptarse en el curso de un proceso penal (en caso de que este llegue a ponerse en marcha y finalice, en su caso, con una condena), resulta esencial analizar ahora qué respuestas jurídicas se prevén en el ordenamiento civil para preservar a las personas menores de la eventual violencia vicaria que pudiera ejercerse contra ellos. Pues, como se ha señalado, la efectiva protección de los hijos e hijas frente a su posible instrumentalización en la violencia vehicular contra la mujer depende esencialmente de las decisiones que se adopten en relación con el régimen de custodia, visitas y comunicaciones con su progenitor, algo que prioritariamente compete a la jurisdicción de familia.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico civil español, desde la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se regula expresamente la custodia compartida, que desde entonces ha venido imponiéndose como régimen preferente en casos de separación o divorcio de los progenitores. Con todo, ya la Ley 15/2015 estableció en el art. 92.7 CCiv que no procedería la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres estuviera incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, y que tampoco procedería cuando el Juez advirtiera, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

El primer inciso de este art. 92.7 CCiv en la redacción dada por la Ley 15/2015 fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC planteada en el año 2020. El Juzgado que planteó la cuestión entendía que el precepto es inconstitucional, porque vulnera el principio de protección del interés superior del menor que consagra el artículo 39 CE en sus apartados, 1, 2 y 4, y supone una injerencia desproporcionada en la vida familiar, que es contraria al artículo 10.1 CE en relación con el artículo 8 CEDH; en la vida privada, que infringe el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y artículo 8 CEDH y en el derecho a la intimidad personal y familiar.

La cuestión fue resuelta en STC 98/2022, de 12 de julio, pero sin entrar en el fondo, limitándose el fallo a inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad por entender que no concurría en el caso el denominado juicio de relevancia (art. 35.2 LOTC); según el cual es requisito de admisión de la cuestión que la decisión del proceso *a quo* dependa de la validez de la norma cuestionada; algo que no era de apreciar en el supuesto en particular.

Con posterioridad a la fecha de interposición de la cuestión de inconstitucionalidad señalada, y antes del dictado de la respectiva STC, el art. 92.7 CCiv fue modificado por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y, después por 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; si bien ninguna de estas reformas afectó al inciso cuestionado.

La reforma operada por la LO 8/2021 en el art. 92.7 CCiv, se limitó a (1) sustituir en el primer inciso la expresión “los padres” por “los progenitores, y (2) añadir en el segundo inciso, como obstativo de la adopción de la guarda conjunta, junto a la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, la expresión “o de género”.

En fechas recientes, ha sido la Sala de lo Civil del TS, a medio de Auto de fecha 11 de enero de 2023³⁰ la ha acordado plantear al TC cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 92.7 CCiv, habida cuenta de su eventual oposición con los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad; 8 CEDH, que protege la vida familiar; 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que consagra el principio del interés superior del menor, igualmente recogido en el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el art. 10.2 CE.

En el caso de autos que motiva el planteamiento de la cuestión, según recoge la resolución del TS, el hijo menor de los litigantes disfruta de un régimen de custodia compartida, que se viene desarrollando con total normalidad desde la sentencia de primera instancia. Sin embargo, y a raíz de una denuncia interpuesta por la madre con posterioridad a esa primera sentencia que acordaba la custodia compartida, se halla en curso un proceso penal contra el padre por un presunto delito de maltrato sin causar lesión contra ella, del art. 153.1 CP, que impediría el mantenimiento de la guarda conjunta en virtud del art. 92.7 CCiv. El TS razona que se trata de un incidente puntual, derivado de una discusión sobre la mochila del niño, en el curso de la cual, presuntamente,

³⁰ ECLI:ES:TS:2023:581A.

el padre golpeó a la madre en su antebrazo sin causarle lesión. Añade que no consta que el menor haya sufrido consecuencia negativa alguna derivada de dicho acontecimiento; que no existe el más mínimo atisbo de violencia vicaria, y se descarta que el padre postule ese régimen de estancia con su hijo con fines espurios.

En definitiva, se vuelve a cuestionar la constitucionalidad del mentado art. 92.7 CCiv en su inciso primero (esto es, el que estaba ya vigente con anterioridad a la reforma de 2021).

El Pleno del TC, por providencia de 7 de marzo de 2023 ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada³¹, y habrá que esperar a que se pronuncie el intérprete supremo de la Constitución para revisar, en su caso, la actual regulación contenida en el Código Civil.

Sin embargo, ya se pueden anticipar algunas cuestiones que, con independencia de su compatibilidad o no con la norma suprema, suscitan algunas dudas en la regulación actual. En concreto, y al hilo del caso particular que ha dado lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, no puede dejar de señalarse que el problema no se habría planteado en los mismos términos si el proceso penal, en lugar de hallarse “en curso”, se hubiera resuelto ya de forma definitiva. Por descontado que si se llegase a un sobreseimiento libre, provisional o a una sentencia absolutoria, no habría obstáculo legal para acordar el mantenimiento de la custodia compartida, quedando la cuestión en ese caso a la valoración judicial sobre la existencia o no de indicios fundados de violencia doméstica. Pero aún si el proceso penal hubiera finalizado con sentencia condenatoria firme (en ese caso, por delito del art. 153.1 CP), cabe recordar que la condena penal no comportaría la imposición preceptiva de ninguna de las penas que afectan a los derechos de patria potestad (ni suspensión, ni privación). Y aunque esa condena penal sí conllevaría necesariamente la imposición de la pena de alejamiento respecto de la madre (art. 57.2 CP, en relación con art. 48.2 CP), cabe señalar que, por un lado, no parece estar aplicándose la consecuencia inherente legamente prevista, de suspensión respecto de los hijos del régimen de visitas, comunicación y estancia; y por otro lado, aunque así fuera, esta medida quedaría limitada al tiempo de duración de la pena de alejamiento (que, en casos de menor gravedad objetiva, puede ser exigua).

Adviértase, por lo demás, que, así como en la norma civil hay un impedimento para acordar la custodia compartida respecto del investigado penalmente, no lo hay para el condenado por los mismos hechos.

³¹ BOE de 16 de marzo de 2023, Sec. I, p. 38619.

Las anteriores reflexiones parecen llevar a la conclusión de que todavía hay mucho espacio de mejora, tanto en la normativa, como en su interpretación y aplicación, en materia de custodia, comunicación y estancia de los menores insertos en contextos de violencia de género, lo que exige perfeccionar los mecanismos de coordinación entre las decisiones de la jurisdicción penal y de la jurisdicción civil en este ámbito.

3.2. El maltrato a los animales como forma de violencia vicaria en violencia de género

3.2.1. Aproximación a la violencia vicaria de animales y antecedentes en España

Los actos de maltrato a los animales domésticos suelen presentarse, en los contextos de violencia de género, como una forma de violencia simbólica en la estrategia de amedrentamiento y dominación de la mujer (así como, eventualmente, de los hijos e hijas), trasladando la amenaza implícita de que esa misma violencia ejercida contra los animales puede desatarse en cualquier momento contra ella (y contra los hijos e hijas) si no se accede a las órdenes e imposiciones del autor.

No en vano, en los instrumentos estandarizados de valoración policial del riesgo que se emplean en casos de denuncia por violencia de género a los efectos de la decisión judicial sobre la orden de protección, dentro del apartado dedicado a la indagación de los factores relacionados con el agresor, se pregunta a la víctima si el agresor en el último tiempo ha mostrado una serie de comportamientos concretos; y entre ellos, junto a la eventual causación de daños materiales contra propiedades u otros objetos, faltas de respeto a la autoridad, o enfrentamientos con terceras personas, se indaga también sobre si el sujeto ha llevado a cabo agresiones físicas a terceras personas *y/o animales*.

Y es que los animales son también destinatarios directos de esa violencia instrumental para producir con ello un daño adicional a la mujer víctima, siendo reconocido que el maltrato animal conlleva una destacada peligrosidad del agresor, que debe ser tomada en cuenta en las evaluaciones de riesgo, ya que supone una constatación de la tipología conductual agresiva del sujeto y de su capacidad para hacer daño a sus semejantes. El maltratador es consciente del vínculo afectivo, emocional y de dependencia que une a las personas con los animales con los que convive y es conocedor del dolor que provoca causándole daño a los mismos, lo que constituye una forma de maltrato psicológico (Magro Servet, 2022-1, p. 2; Bernuz Beneitez, 2015, p. 100).

En consecuencia, los animales de compañía han pasado a ser reconocidos asimismo como víctimas de la violencia vicaria en violencia de género.

Valga como ejemplo que en España, en el marco del Plan de Contingencia contra la Violencia de Género ante la crisis del COVID19, que fue aprobado en Consejo de Ministros el 17 de marzo de 2020, se creó, a iniciativa de la Dirección General de los Derechos de los animales y el Observatorio de Violencia hacia los Animales, el programa VIOPET, que acoge de forma temporal a los animales de mujeres víctimas de violencia machista. En la página web oficial del programa se refiere un significativo porcentaje de mujeres maltratadas que retrasan su decisión de dejar el hogar por miedo a abandonar a sus animales, y se señala que durante el primer año desde la puesta en marcha del programa se ha dado cobertura a más de 300 mujeres supervivientes de violencia machista y a sus animales³².

3.2.2. Situación actual de la violencia vicaria sobre animales a nivel legal

A nivel normativo, 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, vino a modificar el estatus jurídico de los animales (hasta ese momento considerados como cosas), reconociendo en el art. 333 bis CCiv que "los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección". Además, se establecieron respecto de los animales de compañía las correspondientes disposiciones dentro del derecho de familia para regular, en casos de separación o divorcio, el destino de los animales de compañía, así como el reparto de tiempos de convivencia y cuidado, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal³³.

Por su parte, en relación con la custodia compartida de los menores, la Ley 17/2021 modificó el art. 92.7 CCiv, que quedó redactado de la siguiente manera: "7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso pe-

³² <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-animales/VIOPET.htm> (fecha de la última consulta: 25/06/2024).

³³ Para los casos en que no hubiera acuerdo entre los cónyuges, el art. 94 bis CCiv dispone: "La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales".

nal 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*".

Atendiendo a la protección penal de carácter cautelar cuando concurra violencia animal en un proceso por violencia de género, me limitaré a señalar que, aunque se ha planteado la posibilidad de incluir a los animales en la orden de protección regulada en el art. 544 ter LECrim, todo apunta a que esta posibilidad no es viable con la regulación vigente y requeriría, en su caso, una modificación legal al efecto (Fructuoso González, 2020, p. 161 ss.).

En lo que se refiere a la protección sustantiva me interesa en este momento únicamente señalar la más reciente modificación operada en el CP en materia de maltrato animal, en virtud de la LO 3/2023, de 28 de marzo, en aquellos aspectos que presentan especial vinculación con el objeto de estudio de este trabajo. Esta reforma (en vigor desde el 18 de abril de 2023) supone una adaptación al nuevo estatus jurídico de los animales como seres vivos dotados de sensibilidad reconocido por la Ley 17/2015, de 15 de diciembre. En coherencia con lo anterior, se crea un título específico (e independiente de los delitos contra la flora y la fauna) para castigar los "delitos contra los animales", y se incorporan al delito de maltrato animal nuevas circunstancias agravantes que permiten la imposición de penas más graves en aquellos casos que se considera merecen mayor reproche. En particular, según señala la Exposición de Motivos de la Ley "la constatación del vínculo existente entre el maltrato a los animales y la violencia interpersonal obliga también a tener en cuenta como circunstancia agravante la violencia instrumental que se realiza con animales en el ámbito de la violencia de género". Lo anterior se traduce en la circunstancia agravante prevista en el art. 340 bis.2.g) CP en los siguientes términos: "Cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia".

Al igual que la agravante (preexistente a esta reforma) relativa a cometer el hecho en presencia de un menor, la nueva circunstancia solo es aplicable a los casos en que se cause al animal una lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud, o cuando se cause la muerte del animal; pero no cuando se cause

una lesión que no requiera tratamiento veterinario, ni tampoco cuando se trate de maltrato grave al animal sin causarle lesión.

El primero de los aspectos que cabe poner de manifiesto es que, pese a la pretensión expresada en la Exposición de Motivos, de tener en cuenta la violencia instrumental que se realiza con animales en el ámbito de la violencia de género, la plasmación en el articulado no se corresponde con tal manifestación. Se ha optado por una formulación que se proyecta sobre la violencia instrumental con animales en el contexto de la pareja, pero con independencia del sexo y del género; y que, al mismo tiempo, se restringe a ese concreto escenario, con exclusión de los casos en los que la finalidad de coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico se refiera a personas menores de edad, omitiendo su consideración como víctimas también directas de la violencia de género (e intrafamiliar).

Si se repara en el sentido o fundamento que cabe atribuir a la circunstancia agravante específica, se concluye que esta no descansa en una mayor intensidad de ataque al bien jurídico del bienestar animal ni en un daño mayor al mismo, sino en el daño que instrumentalmente se causa a terceras personas por su vínculo afectivo con el animal. Esto nos sitúa ante el problema de la eventual relación concursal que pudiera producirse entre el tipo agravado de maltrato animal y el correspondiente delito de coacción, amenaza, lesión o maltrato de obra psíquico derivado de aquel, respecto de quien sea o haya sido cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Todo hace prever que el recientemente creado tipo agravado generará el efecto de absorción del desvalor añadido respecto de la persona que así haya sido coaccionada, intimidada, acosada o psíquicamente menoscabada. En otras palabras: la correspondiente invocación por parte de las acusaciones del tipo agravado, en el proceso penal por delito de maltrato animal, sin propugnar una calificación cumulativa por el respectivo delito contra las personas, acabará por eclipsar el desvalor del hecho respecto de bienes jurídicos más importantes que el bienestar animal, como son la libertad, la salud psíquica o la integridad moral de las personas.

3.2.3. Valoración personal

Considero un error no propugnar la sanción penal independiente del maltrato psíquico o psicológico que supone para las personas la conducta de agresión a los animales. Pero, además, si se asume atender a ese desvalor por la vía de un tipo penal agravado, considero que este tendría mejor encaje en los respectivos delitos contra las personas, castigando de forma más grave el respectivo delito de maltrato, lesión psíquica, trato

degradante o violencia habitual cuando para ello el autor se hubiera valido de los animales domésticos a los que la víctima se halle vinculada afectivamente.

De la misma forma, desde la comprensión de la realidad de la violencia vicaria en violencia de género, resulta censurable que cuando la violencia instrumental se ejerce sobre las hijas o hijos menores (para causar el mayor dolor posible a la madre), el castigo por el maltrato a estos no se vea agravado por tal circunstancia, a diferencia de lo que ocurre con el maltrato animal.

Por otro lado, en cuanto a las penas previstas en el CP español para los casos de maltrato animal, puede señalarse que desde la promulgación de la LO 1/2015 se prevé para estos casos la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de *profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales* y para la *tenencia de animales* (art. 33.3.f y 33.4.c CP). El contenido de la pena es en relación con los animales (por lo que hace a la inhabilitación especial para la tenencia), desde luego más amplio que aquel previsto en relación con las personas menores en las respectivas penas específicas que antes hemos señalado. Porque, en efecto, no existe ninguna pena por la que al autor de un delito de maltrato infantil se le prohíba, fuera de la profesión u oficio (cuando esto proceda) el contacto con personas menores (respecto de las cuales no ostente la patria potestad u otras figuras asimiladas), en términos similares a la prohibición de tenencia de animales.

Resulta asimismo llamativo que se haya llegado a señalar como insuficiente el contenido de las penas previstas en relación con los animales, propugnando que “la inhabilitación para la tenencia de animales debía haber incluido también para la convivencia con ellos en el mismo domicilio, a fin de evitar la problemática de que una persona condenada e inhabilitada para la tenencia de animales pueda llegar a convivir con éstos, evadiendo dicha pena simplemente con que los animales se encuentren registrados a nombre de un familiar o de su pareja” (Requejo Conde, 2015); reivindicación que no se aprecia respecto de los menores para casos de maltrato de género, infantil o familiar.

Por lo demás, la mentada pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, resulta que está prevista como pena principal, y además de imposición preceptiva, para todas y cada una de las conductas de maltrato animal sancionadas. Esto es: cuando se cause la muerte del animal; cuando se le cause una lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud; cuando se le cause una lesión que no requiera tratamiento veterinario; cuando se hubiere maltratado gravemente al animal sin causarle lesiones (en todos casos anteriores, tanto si se trata de un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control

humano, como si se trata de un animal vertebrado no incluido en el listado anterior) o cuando se abandone a un animal vertebrado bajo responsabilidad de quien lo abandona, en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad (art. 340 bis y 340 ter CP). Algo bien distinto de lo contemplado para las conductas de maltrato, lesiones y abandono de niños, niñas y adolescentes.

En definitiva, y a modo de conclusión: a pesar de la progresiva concienciación y más perfeccionada comprensión del fenómeno de la violencia de género como realidad criminológica específica, y pese a los intentos por proporcionar una respuesta penal adecuada al mismo (tomando en cuenta para ello a todas sus víctimas directas), la actual regulación española adolece de serias deficiencias que inciden principalmente en la deficitaria protección de menores y mujeres expuestos a esta violencia.

Este trabajo ha pretendido contribuir a desvelar algunas de ellas, y solo cabe esperar que lo haya hecho con algo de acierto.

4. Conclusiones

El estudio de la violencia vicaria y su tratamiento legal permite establecer cierto paralelismo entre la defensa de los derechos de la infancia y el reconocimiento legal de los intereses de los animales.

La configuración legal de las personas menores como víctimas directas de la violencia de género ha tenido lugar a través de la LO 8/2021, texto normativo que ha introducido así mismo la pena de privación de la patria potestad con carácter obligatorio en los casos de feminicidio y de filicidio por venganza. Sin embargo, la forma efectiva de preservar a las personas menores de la exposición a la violencia de género (especialmente de las diversas formas de violencia vicaria) pasa por la adecuada toma de decisiones en relación con el régimen de custodia, comunicación y estancias del menor con el progenitor. Los avances legales en esta materia (tanto en el orden penal como en el orden civil) requieren en todo caso una mayor coordinación entre los diversos órdenes jurisdiccionales implicados y una mejorada aplicación jurisdiccional de las medidas legalmente previstas, desde una doble perspectiva: de género y de infancia.

Por lo que hace los animales de compañía, también es frecuente en contextos de violencia de género que los actos de maltrato hacia ellos constituyan una forma de violencia simbólica, como medio para controlar o victimizar a la mujer y/o a los hijos; aspectos que la propia ley ya obliga a tener en cuenta en la decisión sobre la custodia compartida en relación con los hijos e hijas. A nivel penal, la LO 3/2023, de 28 de marzo, ha modificado los delitos de maltrato animal, estableciendo en determinados casos la

posibilidad de aplicar una pena agravada cuando el delito de maltrato animal constituye una violencia instrumental en el contexto de la pareja, si bien esta nueva regulación puede comportar el indeseable riesgo de absorción (en el nuevo tipo agravado de maltrato animal) del desvalor añadido de menoscabo psíquico que el hecho comporta para la persona afectivamente vinculada al animal. Resulta igualmente cuestionable que tal agravación no esté prevista en los actos de violencia instrumental ejercida sobre las hijas o hijos menores.

Por otro lado, en lo que se refiere a las penas específicamente previstas para la protección de animales en casos de maltrato (incluido el maltrato vicario), la inhabilitación especial para la tenencia de animales demuestra un contenido más amplio que aquel previsto en las penas específicas en relación con las personas menores frente a conductas de maltrato (incluido el maltrato vicario); aspecto que debería revisarse para una mejora de la protección de la infancia y la adolescencia.

5. Bibliografía

- Balza, I./Garrido, F. (2016). ¿Son las mujeres más sensibles a los derechos de los animales? Sobre los vínculos entre el animalismo y el feminismo. *ISEGORIA. Revista de Filosofía Moral y Política*, (54), p. 1130-2097. DOI: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2016.054.13>
- Braga Lourenço, D. (2018). Conexões históricas entre a proteção humana e a tutela jurídica dos animais: os casos de Mary Ellen Wilson e Harry Berger. *Revista Jurídica luso-brasileira*, (6), p. 1659-1678.
- Bernuz Beneitez, M.^a J. (2015). El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas. *Revista de Victimología/Journal of Victimology* (2), p. 97-123. DOI 10.12827/RVJV.2.05
- Calzadilla Medina, M.^a A. (2023). Crisis familiar, personas menores de edad e indicios de violencia vicaria. En: Ravetllat Ballesté, I./Cabedo Mallo, V. (eds.), *Estudios sobre la ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, ed. Universidad Politécnica de Valencia.
- Fructuoso González, I. (2020). Los animales y las medidas coercitivas de carácter procesal. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/672061/1/fg1de1.pdf;jsessionid=24B1460BA3EE96811A1901CE29B6D16A?sequence=1>

- García de Murcia, M. (2022). Hacia la protección de las víctimas de violencia de género desde una perspectiva de derechos de la infancia. *IgualdadeES*, (6), p. 299-320.
- Gómez Fernández, I. (2018). Hijas e hijos víctimas de la violencia de género. Acción legislativa y hermenéutica judicial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), p. 1-45.
- Gómez Villora, J. M.^a (2022). El régimen preceptivo de suspensión del régimen de visitas del art. 544.ter 7, párrafo 3º LECrim tras la LO 8/2021. *Práctica de Tribunales*, (156).
- Jalongo, M. R. (2006). The story of Mary Ellen Wilson: Tracing the Origins of Child Protection in America. *Early Childhood Education Journal*, (34, 1), p. 1-4.
- Magro Servet, V. (2022-1). 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*, (10000), p. 1-9.
- Magro Servet, V. (2022-2). No matarás...a tus propios hijos. El drama de la violencia vicaria. *Diario La Ley*, (10194), p. 1-36.
- Marín de Espinosa Ceballos, E. (2018). Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2), p. 1-26.
- Marín de Espinosa Ceballos, E. (2023). La protección penal del menor en supuestos de violencia vicaria y de feminicidio: las reformas de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre y de los arts. 46 y 140 bis del Código Penal. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.^a época, (29), p. 233-264.
- Ortiz Millán, G. (2017). ¿Tienen derechos los animales? En: *Entre la libertad y la igualdad: ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez, Vol. I*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 385-410.
- Peral López, M. del C. (2020). Responsabilidad pública en materia de violencia de género (Especial referencia a las hijas e hijos de madres maltratadas). *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, 5(2), 166-182. <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5389>
- Reyes Cano, P. (2015). Menores y violencia de género: de invisibles a visibles. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (49), p. 181-217.
- Reyes Cano, P. (2020). Menores y violencia de género. Nuevos paradigmas. Ministerio de Igualdad. Centro de Publicaciones. Madrid.

Rosser Limiñana, A. (2017). Menores expuestos a la violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España. *Papeles del psicólogo* (38-2), p. 116-124.

https://www.redalyc.org/journal/778/77851775002/html/#redalyc_77851775002_ref42

Cómo referenciar este artículo(*)/How to reference this article(*):

García Mosquera, M. (2025): Maltrato infantil y maltrato animal como formas de violencia vicaria en violencia de género. *iQUAL. Revista de Género e Igualdad*, 8, 215-243, doi: 10.6018/iqual.619921

García Mosquera, M. (2025): Maltrato infantil y maltrato animal como formas de violencia vicaria en violencia de género. [Child abuse and animal abuse as forms of vicarious violence in gender violence]. *iQUAL. Revista de Género e Igualdad*, 8, 215-243, doi: 10.6018/iqual.619921

(*) El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de los Proyectos de Investigación titulados "La progresiva relajación de las garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al ius puniendi", PID2019-108567RB-C21, y "Reforma y evolución del Derecho penal: límites, garantías y respuestas. Especial atención a sectores caracterizados por la vulnerabilidad de sujetos o la complejidad organizativa" (REDPENAL), PID2023-148510NB-I00, financiados por el Ministerio español de Industria, Economía y Competitividad, de los que son investigadores principales el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo y la Prof. Dra. María Anunciación Traperó Barreales.