Máster Universitario en Derecho y Violencia de Género

La protección jurídica de la infancia frente a la violencia de género: Avances y desafíos en torno a la Violencia Vicaria en España y Chile

XIMENA YOSELIN SUAZO HUICHALAF

SONIA RODRIGUEZ LLAMAS

Curso académico 2024-25

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA Facultat de Dret

ÍNDICE

LISTADO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS 4

INTRODUCCIÓN 5

LIBRO I: UNA MIRADA GENERAL 8

TITULO I: MARCO JURIDICO 8

1.1 Contexto y fundamentos 8

1.2 Cambios claves 9

1.3 Impacto en la lucha contra la violencia vicaria 10

1.4 Estadísticas 11

TITULO II: VIOLENCIA VICARIA: 13

2.1 Concepto y características 13

2.2 Reconocimiento legal 17

2.3 Consecuencia 19

2.4 Últimas modificaciones 21

TITULO III: MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN 22

3.1 Medidas civiles de protección 22

3.2 ¿Qué medidas aplicamos en los casos de violencia? 24

3.3. Efectividad de las medidas actuales. Análisis crítico desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes desde la perspectiva de género 29

LIBRO II: ANALISIS JURISPRUDENCIAL 35

¿QUÉ PROBLEMAS ENCONTRAMOS EN LA PRACTICA? 35

1.1Tendencia jurisprudencial y análisis de sentencias 35

1.2 Violencia Vicaria en la Jurisprudencia Española 36

1.3 Guarda y Custodia ante la Violencia de género. Cuestión de Inconstitucionalidad del articulo 92.7 del Código Civil 44

1.4 Tendencia jurisprudencial y análisis de sentencias respecto de la patria potestad. 47

1.5 Conclusiones 53

LIBRO III: UNA MIRADA INTERNACIONAL DESDE EL DERECHO COMPARADO 56

TITULO I: UNA MIRADA A LAS MEDIDAS CIVILES DE PROTECCION A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN CHILE 56

1.1 Reconocimiento de la violencia de género y la violencia vicaria 56

1.2 Manifestaciones de la violencia de género 58

1.3 Violencia de género y Violencia Intrafamiliar 60

1.4 Medidas cautelares de protección en denuncias por violencia de género *62*

a) Alimentos *65*

b) Cuidado Personal *65*

c) Régimen de Relación Directa y Regular *69*

d) Patria Potestad *71*

1.5 Normas supletorias aplicables *72*

TITULO II: Análisis de la reforma introducida por la Ley Estatuye Medidas Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia en Contra de Las Mujeres, en Razón de su Género 77

2.1 Potestad cautelar *79*

2.2 Estadísticas *83*

2.3 Medidas cautelares y la Violencia Vicaria *86*

2.4 La violencia vicaria a nivel jurisprudencial *88*

CONCLUSIÓN 92

BIBLIOGRAFIA 94

Anexo: 96

Sentencias: *96*

Leyes: *97*

Páginas Web: *98*

Otras Fuentes: *98*

LISTADO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

Sigla/abreviatura		Significado
CC	:	Código Civil.
CEDAW	:	Comité para la Eliminación de las Discriminación contra la Mujer.
C-	:	Procedimiento judicial contencioso.
GREVIO	:	Grupo de Expertos/as en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica.
Ley N°19.968	:	Ley N°19.968 Crea Los Tribunales de Familia.
Ley N°20.066	:	Ley N°20.066 de Violencia Intrafamiliar.
Ley N°21.675	:	Ley N°21.675 Estatuye Medidas Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia en Contra de Las Mujeres, en Razón de su Género.
Ley Orgánica 8/2021	:	Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia.
Ley Orgánica 1/2004	:	Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
LECRIM	:	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
NNA	:	Niños, niñas y adolescentes.
PEF	:	Punto de Encuentro Familiar
SAP	:	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SERNAMEG	:	Servicio Nacional de La Mujer y La Equidad de Género.
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
RIT		Rol Interno del Tribunal.
ROL	:	Número con el que se identifica una causa en una Corte o Tribunal no reformado.
TC	:	Tribunal Constitucional.
TS	:	Tribunal Supremo.
UCA	:	Unidad de Conductas Adictivas.
VIF	:	Violencia Intrafamiliar.

INTRODUCCIÓN

La violencia de género constituye una de las problemáticas sociales más complejas y persistentes de nuestra sociedad, vulnerando los derechos de las mujeres y manifestándose de diversas formas que impactan con profundamente en sus vidas y en las sus hijos e hijas. Este fenómeno, que en principio fue circunscrito al ámbito privado, ha demostrado tener un carácter estructural y transversal, manifestándose en múltiples espacios, lo que impulsó transformaciones significativas tanto en la regulación internacional como nacional.

En este contexto, la violencia vicaria se presenta como una de las expresiones más extremas y crueles de la violencia de género, al instrumentalizar a los hijos, hijas o seres queridos de la víctima con el único propósito de dañarla, controlarla y perpetuar la dominación ejercida sobre ella. Pese a la gravedad de este fenómeno, su reconocimiento normativo y judicial ha sido tardío y, en ocasiones, insuficiente, lo que ha dificultado una respuesta efectiva por parte de los sistemas de justicia. Esta situación plantea importantes desafíos, particularmente al momento de adoptar decisiones judiciales que aseguren la protección coordinada y efectiva de los niños, niñas y adolescentes.

Este trabajo de investigación tiene por objeto principal analizar, desde una perspectiva comparada y con enfoque en la infancia, las medidas civiles de protección adoptadas en los ordenamientos jurídicos de España y Chile, con especial énfasis en las en los casos de violencia de género y violencia vicaria, identificando avances, vacíos normativos y desafíos en la implementación de una justicia con perspectiva de género e infancia. Para ello, en un primer apartado, se examinarán las reformas legales más relevantes en materia de protección de la infancia frente a la violencia de género, destacando los elementos que diferencian y enriquecen la regulación en ambos países. Se conceptualizará el fenómeno de la violencia vicaria, delimitado sus elementos, identificando los sujetos involucrados, analizando las consecuencias psicosociales y jurídicas que este fenómeno provoca en los NNA.

Una vez establecido el marco conceptual, el trabajo se centrará en el análisis de la medidas civiles de protección adoptadas en España, país que cuenta con un desarrollo normativo y jurisprudencial más robusto en la materia. Se abordarán las medidas cautelares, su aplicación práctica y su relación con la regulación de materias como guarda y custodia, patria potestad, régimen de comunicación y visita, cuando estas afectan a hijos e hijas en contextos de violencia de género.

Asimismo, se efectuará una aproximación comparada con la experiencia española, a fin de identificar las buenas prácticas institucionales, normativas y jurisprudenciales que permitan reflexionar sobre los avances y vacíos existentes en el contexto chileno. Este contraste servirá de base para proponer lineamientos orientados a mejorar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género en Chile, fortaleciendo el enfoque en infancia como eje rector en la toma de decisiones cautelares.

Posteriormente, en el apartado jurisprudencial, se analizaran las resoluciones judiciales más significativas dictadas por las Audiencias Provinciales, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo de Justicia, observando los criterios judiciales empleados en relación con la protección de los NNA víctimas de violencia, así como las tensiones surgidas respecto a la ponderación del interés superior del niño frente al derecho de los padres a relacionarse con sus hijos en supuestos de violencia de género.

La hipótesis general que se plantea en esta investigación sostiene que, pese a los avances normativos introducidos por la Ley N°21.675, el sistema jurídico chileno presenta debilidades en la protección efectiva de los NNA víctimas de violencia de género y violencia intrafamiliar, debido a la falta de especialización de los operadores jurídicos, la insuficiente coordinación entre jurisdicciones, lo que contrasta con el modelo español, cuya estructura especializada y desarrollo jurisprudencial permiten una respuesta más eficaz y coherente.

La justificación de este estudio radica en la necesidad de fortalecer la tutela judicial de los NNA en contextos de violencia de género, garantizando la protección integral de sus derechos, evitando su revictimización y asegurando que las decisiones judiciales se adopten con perspectiva de género, conforme al principio de interés superior del niño. La violencia vicaria, al instrumentalizar a los hijos e hijas como herramienta de control sobre las mujeres, requiere de un abordaje especializado, que permita identificar y erradicar patrones de dominación y violencia, lo que hace indispensable avanzar hacia un sistema judicial coordinado y sensible a esta forma extrema de violencia.

La delimitación del tema se focaliza en el análisis de las medidas civiles de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes en supuestos de violencia de género, en los sistemas jurídicos de España y Chile, considerando las reformas normativas más recientes y las principales líneas jurisprudenciales desarrolladas hasta el año 2025. El trabajo se centrara en las materias de cuidado personal, régimen de relación directa y regular, patria potestad y medidas de protección, tanto en materia de familia como en

materia penal, excluyendo las medidas penales sancionatorias, salvo en lo relativo a la potestad cautelar en materia civil otorgada a los tribunales penales.

La metodología empleada combina el análisis normativo y jurisprudencial, bajo un enfoque critico sustentado en la perspectiva de género y la infancia. El propósito es aportar a la comprensión de los desafíos estructurales que enfrenta el sistema judicial en la protección de las víctimas de violencia vicaria, identificando las tensiones que persisten en la práctica judicial y formulando propuesta de mejora orientadas a la especialización de los operadores jurídicos y la coordinación efectiva entre tribunales.

Finalmente, el trabajo concluirá con un análisis detallado de la reciente reforma introducida en Chile, por la ley N°21.675, normativa que, si bien representa un avance significativo al reconocer expresamente la violencia de vicaria, presenta aun desafíos importantes en su implementación, particularmente en la coordinación entre tribunales. El recorrido propuesto pretende adoptar una visión crítica y propositiva, destacando la importancia de avanzar hacia sistemas de repuesta judicial especializada, coherente y sensible a la realidad de las víctimas, asegurando la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, con la integración de su derecho a ser oído y el respeto a su desarrollo integral en contextos libres de violencia.

LIBRO I: UNA MIRADA GENERAL

TITULO I: MARCO JURIDICO

1.1 Contexto y fundamentos

En el año 2015 en España:

> Se comienza a percibir una tendencia al cambio en la protección de estos menores víctimas de la violencia de género, con la aparición de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la adolescencia (…) en la que se convierte en un principio fundamental el Interés Superior del Menor. Es entonces cuando la prensa revoluciona este ámbito, mostrando casos de fallecimientos de menores a causa de violencia de género, apareciendo así los casos de violencia vicaria, entendiéndose por estos como una manera de hacer daño a la mujer con el asesinato de su hijo/a (De la Cruz y Rodríguez, 2022, p. 57).

Posteriormente, el año 2021 trajo consigo la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia, que, tal como lo señala su preámbulo, tiene por objeto abordar el problema de la violencia sobre los niños, las niñas y adolescentes, constituyendo una de las normas de análisis, debido a la creciente visibilización del fenómeno de la violencia vicaria, que ha traído consigo alarmantes cifras en relación con la violencia que sufren niños, niñas y adolescentes (NNA), quienes han sido víctimas instrumentalizadas por el agresor con el objeto de causar daño a las progenitoras, situación que el legislador español ha visualizado, lo que demuestra un avance significativo en la búsqueda de la erradicación y sanción de dicho tipo de violencia.

Un pilar normativo clave en esta materia es la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que dispone las bases y líneas de actuación respecto de la violencia de género. Su objetivo es:

> 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 (2004).

Si bien la figura central de protección es la mujer, también contempla medidas de resguardo respecto de los hijos e hijas. En concordancia con lo anterior la Ley Orgánica

8/2021, fortalece la protección de los NNA, al reconocerlos como víctimas instrumentalizadas de violencia de género, al incorporar la violencia vicaria en artículo uno, inciso cuarto de la Ley Orgánica 1/2004.

En cuanto a las formas que puede adoptar la violencia de género, la Ley Orgánica 1/2004, en su inciso segundo nos indica que esta "comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad" (2004), no obstante, la norma no establece definiciones claras sobre qué debe entenderse por cada una de las formas de violencia enunciadas.

A nivel comparado, el contexto legal en Chile hasta el año 2024 era limitado al carecer de una norma que reconociera y definiera la violencia de género. La normativa vigente hasta dicho año, se limitaba abordar solo la violencia intrafamiliar. Siendo a partir de la Ley N°21.675, que Estatuye Medidas Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en Contra de Las Mujeres en Razón de su Género, que se configura un marco normativo con un avance significativo, al incorporar por primera vez una definición legal de violencia de género, reconociendo la violencia ejercida sobre los hijos e hijas con el objeto de causar daño a su progenitora, llamada violencia vicaria.

1.2 Cambios claves

Entre los cambios claves a nivel jurídico que introdujo la Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a La Infancia y La Adolescencia frente a la Violencia, en el artículo uno, inciso cuarto de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se incorporo el reconocimiento expreso de la violencia vicaria, como una forma de manifestación de la violencia de género. Este cambio normativo representa un avance significativo hacia la protección de los NNA, impulsando el estudio del fenómeno, lo que permitió ampliar el catálogo de medidas que el juez en el ejercicio de su potestad jurisdiccional puede adoptar. A ello se suma la relevancia de las medidas civiles que ya contemplaba el ordenamiento jurídico para su protección, que vienen a fortalecer el principio de interés superior del niño.

Una definición importante que realiza la Ley Orgánica 8/2021 es delimitar el concepto legal de violencia, respecto de los NNA, siendo:

> 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 (art. 1).

Asimismo, se introdujeron cambios relevantes en materia de guarda y custodia, patria potestad previéndose su suspensión e incluso su revocación. Constituyendo esta última una de las medidas más gravosa que se pueden aplicar al progenitor.

El ordenamiento jurídico chileno con la Ley N°21.675, Estatuye Medidas Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en Contra de Las Mujeres, viene a clarificar elementos fundamentales en esta materia. Su artículo cinco conceptualiza la violencia de género, entendiéndose por esta: "cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello" (2024).

Resulta particularmente relevante el análisis, del inciso segundo del mismo artículo, el cual establece que "también será considerada violencia de género aquella ejercida contra niñas, niños y adolescentes, con el objeto de dañar a sus madres o cuidadoras" (Ley 21.675, 2024). De este modo el legislador ha incorporado lo que en doctrina y jurisprudencia se reconoce como violencia vicaria.

Asimismo, esta ley contempla medidas que facultan al juez con competencia en materia penal para dictar medidas cautelares de carácter civil, con el fin de dar protección efectiva a las víctimas de violencia de género.

Un punto especialmente relevante se encuentra artículo seis de la Ley N°21.675, al establecer que constituye las diferentes manifestaciones que constituyen violencia de género. Tales como la violencia física, psicológica, sexual, económica, simbólica, política, en el trabajo y gineco obstétrica.

Dado que se trata de un análisis en derecho comparado, corresponde determinar el alcance que cada ordenamiento jurídico otorga a la violencia vicaria. Para ello, se debe tener presente que la figura involucra dos víctimas: por un aparte, la mujer, y por otra, sus hijos, hijas y/o familiares directos. En consecuencia, el análisis debe abordarse de manera diferencia respecto de los sujetos afectados.

1.3 Impacto en la lucha contra la violencia vicaria

Si bien en España el reconocimiento de la violencia vicaria ha sido anterior al marco jurídico chileno, no deja de ser reciente en ambos países. Una distinción relevante al comparar ambas normativas radica en que, en el ordenamiento jurídico español, define esta forma de violencia siendo aquella que "con el objetivo de causar perjuicio o daño a

las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad" (Ley Orgánica 1/2004, 2004). Desde una aproximación inicial, se advierte que la violencia vicaria no se limita exclusivamente a la ejercida sobre los hijos, sino que también esta se extiende a otros familiares. Sin embargo, la ley no establece que línea y grado de parentesco se encuentra comprendido dentro del término "familiares", ya que el objetivo de la ley es otorgar protección en los casos que se formulen amenazas o se realicen actos violentos sobre la integridad de las personas significativas para la víctima de violencia de género.

En cambio, la normativa chilena establece la figura de la violencia vicaria de manera más restringida en cuanto a los sujetos de protección, señalando que será "aquella ejercida contra niñas, niños y adolescentes" (Ley N°21.675, 2024). Por tanto, el legislador opto por no incluir a otros familiares, a diferencia de lo previsto en la normativa española.

Con la reciente entrada en vigor de la Ley N°21.675 en el año 2024, va a ser clave en el avance hacia una mayor visibilización de esta forma de violencia, promoviendo la incorporación de una perspectiva de género más robusta por parte de las instituciones encargadas de intervenir frente a hechos constitutivos de violencia de género.

1.4 Estadísticas

A partir del análisis de las estadísticas correspondientes a los últimos dos años en España, se observa que, de acuerdo con el portal estadístico de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, en el año 2023 hubo 58 Femicidios de pareja o expareja y en el año 2024, 48 femicidios pareja y expareja, evidenciándose una disminución interanual.

Desde la perspectiva de la infancia, en contexto de violencia de género, los datos estadísticos del año 2023 indican la cifra de 58 NNA en situación de orfandad, De ellos, "37 de los 58 menores (...) eran hijos o hijas de los agresores. Los 21 restantes nacieron durante relaciones anteriores o posteriores de las víctimas" (Consejo General del Poder Judicial, 2023), según lo señalado por el Informe Sobre Víctimas Mortales de la Violencia de Género y Domestica en el Ámbito de La Pareja o Expareja del Año 2023. Para el año 2024, el número de NNA huérfanos disminuyó a 36.

En cuanto a los NNA víctimas mortales por violencia vicaria, el Portal Estadístico de La Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, muestra que, en el año 2023, no se registraron casos en dicho contexto, a diferencia del año 2024 que la cifra asciende a 5 NNA. Así se constata una disminución en el número de huérfanos, pero un preocupante aumento en las víctimas mortales de violencia vicaria, en que:

> Los crímenes a niños y adolescentes por sus progenitores se han seguido cometiendo con un incremento cada vez más incomprensible que evidencia esa maldad humana que puede tener una persona en su grado máximo por acabar con la vida de su hijo/a por querer hacer el mayor daño posible a su pareja (Magro, 2025, p. 2).

Es destacable que en España exista un apartado específico de víctimas por violencia vicaria, lo cual contrasta con la situación en Chile. Cabe señalar que, al revisar los informes estadísticos oficiales, no se identifica un tratamiento diferenciado, ni mención explícita a dicha figura.

En los registros estadísticos del Servicio Nacional de La Mujer y La Equidad de Género, SERNAMEG en Chile se registraron 42 femicidios consumados en el año 2023 y de 43 victimas registrada para el año 2024. El Informe Anual de Femicidio 2023 elaborado por el Circuito Intersectorial de Femicidio, señala que "la mayoría de las víctimas indirectas de femicidio consumado en 2023 fueron niños y niñas entre 7 y 13 años, con un total de 208 víctimas" (Gobierno de Chile, 2023). En cuanto a NNA fallecidos en contexto de femicidio consumado, se reportó un solo caso en el año 2023. A la fecha, aun no se encuentre publicado el informe correspondiente al año 2024.

Corresponde tener en cuenta que el reconocimiento legal de hechos constitutivo de violencia vicaria en Chile es reciente, es en el año 2024 que se introduce en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, no existen aún registros estadísticos específicos vinculados a este tipo de violencia, lo que imposibilita una comparación estadística directa con los datos disponibles en España.

Sera relevante observar si, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N°21.675, que legalmente ha definido la violencia de género y que en su artículo cinco, inciso segundo hace referencia a la violencia vicaria, las instituciones comenzaran a integrar esta categoría en un apartado especial en sus sistemas de información estadística.

Considera esta autora, que debería incorporarse en los registros estadísticos chilenos, un apartado específico para el registro de NNA víctimas de violencia vicaria, con el objetivo de disponer de datos oficiales que permitan dimensionar del fenómeno y orientar políticas efectivas.

Ya en el año 2022, De La Cruz, L. y Rodríguez, I, advertían que "los hijos e hijas de estas mujeres, [son] las "víctimas olvidadas" de la violencia de género" (2022). Entre las razones que los autores identificaron para señalar tal afirmación, destacan:

> La ausencia de datos oficiales sobre estas víctimas, (…) [el] bajo número de estudios que encontramos que recogen las consecuencias que sufren estos niños y niñas que han sido expuestos a este tipo de violencia, (…) [y] la falta de información que existe en la sociedad sobre las consecuencias que provocan estos actos en el desarrollo de los niños y niñas (De La Cruz y Rodríguez, 2022, p. 50).

Por tanto, la falta de información oficial constituye un obstáculo importante al dificultar el diagnostico, la prevención y la protección de las victimas ante este tipo de violencia de género.

TITULO II: VIOLENCIA VICARIA:

2.1 Concepto y características

Existen diversas conceptualizaciones sobre la violencia vicaria. Se ha señalado que es: "aquella violencia que se ejerce sobre los hijos para herir a la mujer"(Peral, 2018, p.37), siendo los maltratadores:

> Hombres que durante el matrimonio no se preocuparon ni se interesaron por sus hijas/os, tras el cese de la convivencia de la pareja, solicitan la custodia compartida, régimen de visitas amplio, incluso solicitan la custodia plena, solo por su afán de continuar en contacto con la mujer (Peral, 2017, p 36).

Belén Casado, formula que es "la que se ejerce contra los menores por amenazar agredir o incluso matar a los hijos, como una forma de hacerle daño a la madre, también cuando se somete a los menores a daños psicológicos por observar malos tratos entre progenitores" (2020, p. 28).

Entre las definiciones de violencia vicaria, resulta relevante la conceptualización del fenómeno realizada por Sonia Vaccaro, quien describe el fenómeno de la siguiente manera:

> Todos los días vemos cómo hombres que durante el matrimonio no se preocuparon ni interesaron por sus hijas/os, al momento del divorcio, solicitan la custodia compartida, un régimen de visitas amplio y algunos solicitan la custodia plena, sólo por su afán de continuar en contacto con la mujer y continuar el maltrato, ahora a través de los hijos y las hijas. A este fenómeno, lo he denominado "violencia vicaria": 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 (2019).

Expuesta algunas definiciones, es posible delinear los elementos fundamentales que configuran la violencia vicaria, siendo aquella violencia de género, en que por una parte se encuentra el agresor, sujeto que ejerce la violencia, y por otra, la victima instrumentalizada, siendo esta la que recibe el daño directamente, ya sea de forma física, psicológica o económica, con el objetivo de afectar y causar daño a la víctima destinataria, que constituye el verdadero objetivo del agresor. "Haciéndose referencia a los hombres que sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia" (Picontó, 2024, p. 274).

De la definición expuesta, se desprende que, para configurarse la violencia vicaria, deben identificarse necesariamente tres sujetos: el agresor, la victima instrumentalizada y la victima destinataria.

El agresor es la persona que ejerce violencia sobre la victima instrumentalizada, y que, a su vez, es o ha sido padre o padrastro de esta, o bien ha mantenido una relación de pareja, como cónyuge, conviviente o pareja de hecho, con la victima destinataria.

La victima instrumentalizada, es quien recibe directamente la violencia por parte del agresor, con el cual mantiene un vínculo en línea recta o colateral, ya sea por consanguinidad o por afinidad.

La victima destinataria, por su parte, la persona que tiene o ha tenido una relación de pareja, como cónyuge, conviviente o pareja de hecho, con el agresor, y a quien este busca dañar o someter mediante agresiones o amenazas dirigidas contra la victima instrumentalizada.

Identificado los sujetos que configuran la violencia vicaria y considerando que el propósito del agresor, no se limitaría exclusivamente a causar daño a través de los hijos, sino que también mediante otros familiares significativos de la víctima destinataria, debemos distinguir entre la violencia vicaria en sentido estricto, siendo aquella ejercida sobre los hijos y la violencia vicaria en sentido amplio, aquella ejercida sobre los familiares.

Respecto de esta última categoría, surge la interrogante sobre el alcance del término "familiares": ¿hasta qué grado de parentesco debe extenderse la protección?, ¿qué vínculos deben considerarse relevantes para efectos de calificar una conducta como violencia vicaria en sentido amplio? Si la norma no ha delimitado, se debe a las múltiples formas de familia y lo complejo de estructurar un término, por ello debe entender que es

necesario por parte de la víctima instrumentalizada que exista un vínculo por consanguinidad o afinidad, con la víctima destinataria. Esta discusión es relevante, ya que la delimitación del concepto incidirá directamente en la calificación de los hechos, así como en su incorporación dentro de las estadísticas oficiales de víctimas de violencia de género. Por ello, resulta fundamental dotar el concepto de violencia vicaria en sentido amplio de una estructura y definición precisa, que permita su identificación estadística y judicial de manera consistente.

En Chile, esta discusión ha quedado zanjada legalmente. El concepto de violencia vicaria se limita a aquella que se ejerce sobre los niños, niñas y adolescentes, dejando afuera a otros posibles destinatarios indirectos del daño, como hermanos, padres, abuelos, etc., los cuales se encontrarían protegidos por la figura legal de la violencia intrafamiliar.

Habiéndose realizado una revisión sistemática respecto de la conceptualización científica de la violencia vicaria, por Ríos, J., López, E., Sánchez, S, citan a Díez *et al*., quienes señalan que:

> La violencia contra las mujeres y la violencia contra los niños y niñas no se tratan de cuestiones separadas, sino que comparten factores de riesgo y protección, y que la presencia de una aumenta la probabilidad de la otra, existiendo 3 factores principales de riesgo en cuanto a la infancia se refiere: pérdida de una figura de apego importante; el miedo de recibir el mismo maltrato que la madre y la intervención del niño para prevenir el daño hacia la madre, teniendo esto consecuencias para él mismo (2020, p. 139).

Si bien la violencia vicaria, se encuentra circunscrita a un tipo de violencia de género, debe ser comprendida también como una forma de maltrato infantil, debiendo considerarse el "peligro y riesgo inminente que supone la violencia vicaria para la infancia y adolescencia que la sufre, no tanto como víctimas secundarias o espectadores de esta, sino como un tipo de maltrato en sentido estricto"(Ríos, López, Sánchez, 2020, p. 136). Desde esta perspectiva, las victimas instrumentalizadas, frecuentemente hijos e hijas de las victimas destinatarias, no son simples medios para causar sufrimiento, sino que resultan ser objeto directo de agresiones físicas, psicológicas o simbólicas, con consecuencias severas y crónicas para su desarrollo. En palabra de los mismos autores:

> Al estar en un contexto donde la figura de apego principal (la madre, en este caso) está en peligro, el niño/a adopta una manera de afrontar los problemas de tal forma que no sea visible a los demás, para así minimizar el riesgo de incitar

a la violencia en sus progenitores, aspecto que les hace más vulnerables (Ríos, López, Sánchez, 2020, p. 138).

Este tipo de experiencias no solo genera afectación emocional a corto plazo, sino que deja secuelas estructurales en la construcción de la personalidad y el desarrollo psicosocial de los NNA. De ahí la necesidad de no reducir la violencia vicaria a una afectación indirecta o secundaria, sino que reconocerla como una forma autónoma de victimización infantil dentro del fenómeno de la violencia de género.

Por ello, desde mi experiencia en la representación jurídica de niños y niñas vulnerados en sus derechos, he podido constatar que, en contextos de violencia los NNA pueden mostrar resistencia o dificultad para relatar lo vivido en su intención de no exacerbar la violencia del agresor, lo que puede dificultar el acceso a su testimonio durante la intervención al ser consultado, de su opinión. En este sentido el acompañamiento psicosocial resulta fundamental, ya que permite generar espacios seguros y de confianza que favorezcan la expresión emocional.

Ello en directa relación con el derecho de ser oído, consagrado en diversas normas nacionales e instrumentos internacionales, y que no debe entenderse únicamente como la posibilidad formal de emitir su opinión, sino que un proceso que requiere condiciones adecuadas para la su expresión sea autentica y protegida. En consecuencia, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído se encuentra estrechamente relacionado con el proceso de resignificación , que implica haber sido víctima de violencia en el ámbito familiar.

En el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Convenio de Estambul, en su artículo 31, relativo a la custodia, derecho de visita y seguridad, establece la obligación a los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias, para que se tengan en cuenta los antecedentes de violencia en los procesos judiciales que tengan relación con dichas materias:

> 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.
>
> 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 (art. 31).

Este articulo representa un enfoque de protección reforzado en la evaluación de la seguridad de las víctimas, al momento de tomar decisiones sobre custodia, derecho de visitas. En conexión con ello, Ríos, J., López, E., Sánchez, S., advierten de la necesidad de considerar las diferencias individuales y de género. Según los autores "se han encontrado diferencias significativas entre niños y niñas en cuanto a presentar sintomatología postraumática, así las niñas son más vulnerables en presentar esta sintomatología que los niños." (2020, p. 139). Siendo un dato de relevancia, al destacar la importancia que las intervenciones psicosociales y jurídicas no se realicen de forma homogeniza, con el fin de garantizar una atención integral y sensible a las particularidades de cada caso.

2.2 Reconocimiento legal

El actual reconocimiento legal viene con un cambio de paradigma en el que violencia de género ha dejado de ser una cuestión del ámbito privado para convertirse en una preocupación de orden público:

> Debido a una mayor sensibilidad en todos los ámbitos de la sociedad y ante los lamentables hechos que se han producido de menores que han perdido la vida a manos de su progenitor cuando se hallaban con él al estar ejercitando éste su derecho de visita, se hace necesaria una mayor atención e intervención sobre las víctimas de violencia de género y, en particular, sobre el menor, por su especial situación de vulnerabilidad" (Peral, 2017, p. 55).

Lo cual acompañado con los datos estadísticos previamente revisados, ya solo en lo relativo a víctimas fatales, las cifras resultan preocupantes. Ello nos obliga a reflexionar respecto al conflicto existente entre el derecho de los NNA a mantener una relación con el agresor y el derecho a la protección del NNA frente al mismo. Resulta fundamental que los jueces y los profesionales intervinientes logren visualizar, con la debida prontitud, los riesgos que ello supone, todo ello en resguardo del interés superior del niño. Antes de la reforma de la Ley Orgánica 8/2021, se presentaban ciertas reticencias para decretar la suspensión del derecho de los padres a mantener vínculos con sus hijos, en contextos de violencia.

Sin embargo, con las modificaciones legales se han endurecido las medidas otorgadas a los tribunales, a fin de otorgar una protección más efectiva, evitando el daño que pueden sufrir las victimas instrumentalizadas. Lo que nos lleva a preguntarnos: ¿se trata de un problema normativo o un problema de aplicación? ¿Puede considerarse a un

padre que ejerce violencia en contra de la madre, dar seguridad respecto a la integridad del NNA? Contestando la primera interrogante, si bien es comprensible el principio de proporcionalidad, al hacer uso de las herramientas jurídicas, buscando equilibrar los derechos de las partes, estas deben ser aplicadas con perspectiva de género, siendo esta fundamental para evitar los problemas al aplicar en la especie la norma. A la segunda interrogante, solo de los antecedentes de cada caso dependerá el nivel de seguridad que se puede brindar al ejercicio de los derechos que detenta el padre sobre los hijos.

Reconocida legalmente la violencia vicaria y existiendo un abanico de herramientas para su prevención y erradicación, va a ser importante a largo plazo analizar la efectividad de dichas medidas. A cuatro años de la entrada en vigor de la norma, resulta oportuno cuestionarse si persiste una falta de perspectiva de género al momento de decidir la aplicación de determinadas medidas de protección en favor de los NNA.

En el año 2021, la Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, introdujo modificaciones a la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, incorporando el siguiente apartado:

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 familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero" (art. 1).

Por tanto, de acuerdo con clasificación de la violencia vicaria, la norma se enmarcaría en el sentido amplio.

En el caso chileno con la Ley N°21.675, promulgada en el año 2024, entre su articulado, destaca el numeral cinco que define de la violencia de género, señalando: "Es violencia de género cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello. También será considerada violencia de género aquella ejercida contra niñas, niños y adolescentes, con el objeto de dañar a sus madres o cuidadoras" (art. 5). Por primera vez, la legislación chilena reconoce la violencia vicaria, aunque lo hace desde una concepción en sentido estricto, limitando expresamente la víctima instrumentalizada a los NNA, excluyendo así a otros posibles familiares, que como mencionamos anteriormente, estarían protegidos por la ley de violencia intrafamiliar.

En cuanto a las herramientas judiciales, la reciente reforma introducida por el articulo 54, número 14, de la misma ley, que modificó el artículo 15 de la Ley N°20.066 Establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Faculta al Juez de Garantía o al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, para decretar medidas cautelares propias de los tribunales de familia:

> En cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, y aun antes de la formalización, (…) [en que], podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establecen el artículo 92 de la ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, o la ley que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género (2005).

Representa un fortalecimiento en la protección inmediata de las víctimas. No obstante, debe tenerse presente que, paralelamente, se iniciaran los procedimientos correspondientes en el Tribunal de Familia, respecto de las materias que se relacionan con los hijos, tales como el procedimiento de aplicación de medida de protección.

Respecto de la jurisprudencia disponible al respecto, consultado El Repositorio de Sentencias con Perspectiva de Género, perteneciente al Poder Judicial, desde el año 2010 al año 2025, con la temática de violencia vicaria, solo encontramos una sola sentencia del año 2021, dictada por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago de causa Rol: C-2695-2021.[1] Realizando el mismo ejercicio en la Base Jurisprudencial del Poder Judicial, no encontramos resultados relacionados que realicen mención de la violencia vicaria y apliquen la perspectiva de género en otros procesos. Lo anterior pone en evidencia la necesidad de adoptar medidas de sensibilización y formación dirigida a los operadores jurídicos, con el fin de incorporar la perspectiva de género en los procesos judiciales y así asegurar una protección real de los NNA. Con la entrada en vigencia de la Ley N°21.675, se espera un progresivo de fortalecimiento de la perspectiva de género, que permita un mayor desarrollo jurisprudencial en la materia.

2.3 Consecuencia

Variadas son las consecuencias derivadas de la violencia vicaria. En primer lugar, es necesario distinguir entre los efectos que sufre la victima instrumentalizada, sobre la

[1] Web oficial de El Repositorio de Sentencias con Perspectiva de Género, perteneciente al Poder Judicial. https://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/repositorio-sentencias (Fuente consultada el día 09 de abril del año 2025)

cual se ejercen directamente los malos tratos, y las consecuencias experimentadas por la víctima destinataria, a quien el agresor busca dañar como objetivo final.

En cuanto a la víctima instrumentalizada, los efectos de agresiones recibidas pueden manifestarse de múltiples formas, tanto a nivel físico, psicológico y hasta económico. Debemos tener presente, que "el asesinato de menores es la parte más visible de esta forma de violencia, la punta del iceberg, y sucede en la mayoría de ocasiones durante el régimen de visitas o custodia compartida, tras amenazar a la madre con hacerlo"(García de Murcia, 2022, p. 309). En consecuencia, es indispensable entender "que la violencia contra la madre debe ser entendida como riesgo para sus hijos por extensión" (García de Murcia, 2022., p. 312), lo que implica que, al momento de evaluar el riesgo que enfrentan los NNA, debe considerarse, no solo la violencia directa ejercida contra ellos, sino que también la que se ejerce en contra los otros integrantes del grupo familiar, como lo es la madre u otros integrantes del grupo familiar. Tal como señalan De La Cruz y Rodríguez:

> Se ha observado que existe un bajo número de investigaciones que abordan este tema; estos hechos corroboran la idea anteriormente planteada de que estos menores víctimas de la violencia de género son sujetos 'olvidados' pues, además de que hasta 2013 no se recogieran los datos oficiales de estos menores afectados, encontramos en estos últimos 10 años pocos autores que analicen las consecuencias que provocan estas situaciones (…)[apreciándose] a partir de 2015 un notable aumento en la publicación de estos estudios (2022, p. 63).

De ello se desprende que, hasta hace unos pocos años, los NNA expuestos a violencia de género no eran debidamente protegidos ni considerados como objeto de estudio especifico del fenómeno.

Respecto de las secuelas que pueden experimentar los NNA, De La Cruz y Rodríguez, concluyen, tras una revisión bibliográfica, que quienes:

> Han sufrido situaciones de violencia machista, poseen gran tendencia a sufrir alteraciones en el transcurso de su desarrollo, tanto a nivel físico motor, como psicológico y emocional, social, cognitivo y lingüístico; tanto a corto plazo como a largo plazo (…) a nivel psicológico y emocional estos niños y niñas muestran una baja autoestima, un autoconcepto desajustado, depresión, falta de confianza en sí mismo, problemas de autocontrol, así como una baja inteligencia emocional (…) al ámbito social, se contempla que estos menores presentan

conductas antisociales y agresivas, mostrando niveles más bajos de éxito en sus relaciones interpersonales (2022, p. 69).

Dada la gravedad de las secuelas descritas, resulta razonable sostener que el otorgamiento de medidas enfocadas en la protección de los NNA conlleve la obligatoriedad de pronunciamiento a los tribunales de justicia, evitando que omisiones puedan comprometer su integridad y bienestar.

Sin embargo, los datos del Informe Anual sobre Violencia de Género del año 2024 del Consejo General del Poder Judicial y el Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género, evidencia una baja aplicación de medidas que afectan la relación entre los padres agresores y sus hijos.

> De las 19.745 medidas judiciales de protección, [incluyendo] órdenes de protección y de otras medidas cautelares, solo en el 14,27% de los casos se suspendió el régimen de visitas, y el 8,14% se suspendió la guarda y custodia, siendo solo del 1,47% de las veces se adoptó la medida de suspensión de patria potestad" (2024, p. 17).

Porcentajes bajos, teniendo en consideración el número total de medidas decretadas. Lo anterior sugiere que existe una fuerte cautela por parte de los tribunales al momento de disponer restricciones al derecho de los padres en relación a sus hijos e hijas, lo que implica que toda solicitud en tal sentido debe ser exhaustivamente fundamentada, lo que responde en parte a la consideración de estas medidas como excepcionales, lo cual podría tensionar la efectividad de los mecanismos de protección a disposición de los NNA.

2.4 Últimas modificaciones

Resulta relevante mencionar la Ley Orgánica 1/2025 de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, la cual introduce importantes modificaciones respecto de la estructura de Poder Judicial español, destacando entre ellas la creación de Las Secciones de Violencia Contra La Infancia y La Adolescencia. Tal como señala Vicente Magro, estas secciones:

> Serán las competentes para instruir los casos de violencia vicaria, sea el autor el hombre, o la mujer, salvo que el hecho también sea constitutivo de violencia de género, en cuyo caso pasará la instrucción a las Secciones de violencia sobre la mujer (2025, p. 5).

Esta modificación representa un avance significativo hacia la especialización judicial en materias que involucren NNA.

En cuanto a las medidas cautelares ante la denuncia, el articulo 89 bis de la Ley Orgánica 1/2025, dispone dichas secciones serán también competentes para decretar medidas cautelares en favor de las victimas menores de edad:

> Ello, para evitar el incremento del riesgo, y que la situación delictiva que se ha cometido acabe en un hecho más grave, como son los de violencia vicaria que, en muchos casos, se pueden prevenir mediante la oportuna evaluación del riesgo ante hechos denunciados de violencia en el hogar, o de posibles amenazas de la comisión de delito de violencia vicaria (Magro, V., 2025, p. 10).

En este sentido, se espera que el fortalecimiento institucional derivado de la creación de las nuevas Secciones de Violencia Contra La Infancia y la Adolescencia, permita una actuación más eficiente frente a las situaciones de riesgos que enfrentan los NNA, especialmente en contextos de violencia vicaria, detectando factores de riesgo, anticipándose al daño y adoptando medidas eficaces de manera oportuna.

TITULO III: MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN

3.1 Medidas civiles de protección

Las medidas civiles de protección, tienen como finalidad proporcionar una respuesta inmediata y eficaz en contextos de violencia de género, en particular en los contextos que comprometen la integridad de los NNA. En este sentido, Belén Casado, señala de manera critica que:

> Si hablamos de menores, la protección legal establecida por la [Ley Orgánica 1/2004] tiene en cuenta el menor desde la visión protectora hacia la mujer, y no lo protege por sí mismo como sujeto victima también de la violencia de género ejercida sobre su madre. (2020, p. 20).

Que en dicho sentido, las medidas tienden a invisibilizar la victimización infantil en contextos de violencia de género.

A este respecto la Ley Orgánica 1/2004, en su Capítulo IV de Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas, regula y obliga a los jueces, que:

> En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a

> su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares (…) determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas (2004, art. 61).

Disponiéndose en los artículos siguientes, las distintas medidas que pueden adoptarse. No obstante, se advierte que la lógica protectoria sigue centrada en la madre como víctima principal, sin un desarrollo suficiente de los NNA como sujetos de protección autónomos frente a la violencia vicaria. Por ello, es que debemos remitirnos a los artículos que hacen directa referencia a la protección de los NNA.

Podemos observar que las medidas dispuestas, se enfocan prioritariamente en la protección de la mujer víctima de violencia de género, sin embargo, varias de ellas, benefician a los NNA afectados. Tal es el caso de las medidas de "salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo". (Ley Orgánica 1/2004, 2004, art. 64), de la atribución del uso de la vivienda familiar, la prohibición de acercamiento a la persona afectada y a ciertos lugares, la prohibición de comunicaciones. El mismo artículo señala que las medidas anteriormente enunciadas son acumulables, es decir, pueden decretarse de forma conjunta, sin que una excluya a las otras.

Si bien el sujeto beneficiario es la mujer, la salida del hogar por parte del agresor, produce un impacto inmediato en la protección NNA, en tanto permite iniciar un proceso de reparación y resignificación de su espacio familiar como un entorno seguro.

Ahora bien, entre las medidas más específicas de protección de los NNA se encuentran: la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, en que "el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él" (art. 65), además de las medidas de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, consistentes en:

> La suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los

> menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación con dichos servicios (art. 66).

El escenario de menor complejidad es aquel en que existe compatibilidad de medidas, decretándose simultáneamente: la suspensión de guarda y custodia, del régimen de visitas, en conjunto con la orden de alejamiento del agresor, ya que su cumplimiento no presentara mayores complejidades en la práctica. No obstante, las dificultades surgen al existir una orden de alejamiento y restricción de comunicación respecto de la madre de los NNA, pero no se ha suspendido la comunicación y visitas del agresor con los hijos en común. Situación que genera tensiones significativas tanto para la mujer víctima de violencia como para los equipos especializados que intervienen, ya que complejiza coordinar el régimen de visitas sin vulnerar los derechos y la integridad psicoemocional de la madre y de los NNA. Como ya se ha advertido:

> Los puntos de encuentros familiares (…) están sobrecargados, circunstancia que dificulta, (…) atender con la debida dedicación al caso concreto (…) [Por ello el] "proceso judicial debe estar 'construido' exclusivamente en torno a las necesidades de protección del menor y no en atención a factores como los derechos del progenitor agresor o la prescripción del delito cometido (Peral, 2017, p. 22).

A su vez, se ha propuesto la creación de "unidades familiares de valoración del riesgo, para [que] informen y den a conocer las medidas de protección y guarda más adecuadas" (Peral, 2017, p. 22), las cuales deberían ser independiente y especializada en evaluar el riesgo de los NNA. Considerándose que el "epicentro de la privación de la patria potestad o de la prohibición de custodia, o de las estancias no es la comisión de ciertos delitos, sino la repercusión de estos hechos sobre el menor" (Peral, 2017, p. 23).

Por ende, es fundamental entender que el solo hecho de ser testigo y encontrarse expuesto a un entorno de violencia es suficiente para generar efectos perjudiciales en el desarrollo de los NNA, debiendo considerarse el entorno como un factor de riesgo para su bienestar físico y emocional.

3.2 ¿Qué medidas aplicamos en los casos de violencia?

Ello nos lleva analizar la orden de protección, entendida como aquella que "confiere a las victima directa de la violencia de género un estatuto integral de protección

en una unidad de acto que comprende medidas de orden civil y penal, además de medias de asistencia y de protección social" (Múrtula, 2016, p. 54). Esta se encuentra regulada en La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 544 ter y siguientes.

La orden de protección faculta al Juez de instrucción para dictar medidas en favor de "las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal" (art. 544 ter). El mismo artículo, en su inciso séptimo, nos indica las medidas civiles que pueden adoptarse en caso de que existan NNA afectados. Estas "podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios" (art. 544 ter).

La norma también establece los requisitos para su solicitud, otorgamiento y duración. En primer lugar, la orden de protección debe ser solicitadas por "la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada (…) y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882, art. 544 ter). El pronunciamiento judicial será procedente en caso de que no exista una resolución previa por parte de un tribunal con competencia en lo civil de familia, dejando a salvo la norma que "el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas" (art. 544 ter).

Dictada una orden de protección con medidas de carácter penal y existiendo:

> Indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia, (…) 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 paternofilial (art. 544 ter).

Si bien la orden de protección proporciona herramientas útiles de protección, su duración es limitada. Así lo señala la norma "tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda" (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882, art. 544 ter). Posteriormente corresponderá al Juez de primera instancia que resulte competente ratificar, modificar o dejar sin efectos las medidas ya decretadas. Por tanto, las medidas civiles pueden tener una duración de 90 días.

En virtud de esta limitación, las medidas civiles de protección no deberían quedar supeditadas a la voluntad o carga procesal de la víctima para iniciar un procedimiento en sede civil para regular las materias referentes a los hijos e hijas. Debiera ser el tribunal que, conociendo de los antecedentes mediante oficio informara al tribunal civil competente, sobre la existencia de NNA afectados. Si bien es cierto que "la sobrecarga de trabajo que pesa sobre [los] tribunales o la falta de medios humanos y materiales provoca que estas medidas tengan una duración más larga de la pretendida" (Llorente, 2023, p. 5), ello no justifica que los NNA queden desprotegidos una vez vencido el plazo.

En este sentido, sería deseable que los NNA víctimas, quedaran sujetos a una vigilancia judicial, que permitiera dar seguimiento, para modificar las medidas en función de las circunstancias cambiantes propias del ámbito de la familia. La jurisdicción especializada, como señala la norma, debiera ser la encargada de ratificar, aumentar o bajar la intensidad de dichas medidas. Ya que, de no ser ratificadas en un procedimiento civil en familia, cumplido el plazo legal de treinta días, los NNA quedan expuestos y vulnerables a posibles situaciones de riesgo sin resguardo institucional por parte del Tribunal.

La existencia de una obligación de comunicación entre tribunales, al dictarse en una orden de protección con medidas de carácter civil, permitiría transitar desde una lógica de protección reactiva a una protección activa, lo cual resulta concordante con el deber de pronunciamiento judicial, ante la presencia de NNA víctimas.

En ese marco, debiera citarse a una audiencia de revisión ante el tribunal competente sobre las medidas de carácter civil, en la cual el NNA pueda ejercer efectivamente su derecho a ser escuchado. Esto garantizaría una continuidad de la protección, evitando que la carga de iniciar el proceso judicial correspondiente recaiga en la madre víctima de violencia. Debe considerarse que presentar una denuncia por

violencia de género, ya representa un paso significativo y muchas veces complejo para la mujer.

En este contexto, serían los operadores jurídicos, quienes resguarden con objetividad la necesidad de regular adecuadamente dichas materias en favor de los NNA. De esta forma, se evitaría que queden sujetos a una protección de limitada duración, considerando lo abrumador que pueden resultar para la madre víctima de violencia la necesidad de impulsar múltiples acciones legales, facilitando con ello el acceso a la justicia. Por tanto, serían los tribunales, y no las propias víctimas, quienes deberían promover de oficio la continuidad de la protección en sede civil. Cumpliéndose además en el proceso, con el derecho de los NNA, de ser escuchados en situaciones que le afectan directamente, avanzando así hacia la especialización judicial necesaria para abordar con enfoque de infancia las materias vinculadas a su protección.

En la misma línea de protección a los NNA, corresponde destacar aquellas medidas que protegen directamente a los NNA, en casos de nulidad, separación y divorcio, especialmente al existir antecedentes de violencia de género. En tales situaciones, también se contempla la suspensión de los derechos de los padres de relacionarse con los hijos, como lo señala el artículo 92.7 del Código Civil Español:

> No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores 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" (Código Civil, 1889).

Este articulo ha sido controvertido, ya que algunos sectores sostienen una posición crítica en su aplicación imperatividad, que impide al juez valorar la pertinencia de la medida, en función del caso concreto. Esta rigidez implicaría una vulneración al principio de interés superior del niño, así como del principio de proporcionalidad. Tratándose de una discusión relevante, esta se abordará en el apartado jurisprudencial, en que se analizará con mayor detalle los argumentos esbozados por quienes critican su actual redacción.

Igualmente, ha sido objeto de debate el articulo 94 del Código Civil, que regula el establecimiento del régimen de visitas o estancia y comunicación del progenitor no custodio. Sobre este artículo, se presentó una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, criticando su redacción e impacto en situaciones de violencia de género y violencia doméstica.

En el requerimiento se sostenían argumentos vinculados a la automatización en la aplicación del precepto jurídico en casos de violencia de género y violencia doméstica, alegando que no se otorgaba al juez la posibilidad de valorar la pertinencia de una medida tan gravosa como la suspensión de la relación paternofilial. El Código civil, dispone:

> No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial (art. 94).

Según sus detractores, el artículo invertiría la caga de la prueba, configurando lo que denominaron prueba diabólica. No obstante, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre, dictada en el marco del Recurso de inconstitucionalidad N°5570-2021, fue enfática al afirmar que dicho artículo cumple con el objetivo de tutelar debidamente a los NNA, rechazando su inconstitucionalidad tanto en su redacción como en su aplicación. Además, la sentencia entrega una interpretación clara del alcance del artículo, descartando los argumentos esgrimidos en el requerimiento.

La sentencia del Tribunal Constitucional es enfática al señalar que la redacción del artículo permite al juez evaluar caso a caso la procedencia de una medida tan gravosa, como la suspensión del régimen de visitas o estancia. En efecto, aun tratándose de un supuesto de violencia de género, el propio precepto reconoce que el juez, en casos fundados, en atención a las circunstancias particulares del caso y mediante resolución motivada, podrá establecer un régimen de visitas, comunicación o estancias con el progenitor no custodio, cuando así lo justifique el interés superior del niño.

Con ello, quedan desvirtuadas las críticas dirigidas contra el artículo, toda vez que no establece una prohibición absoluta, sino que una regla general con posibilidad de revisión por parte del juez. Esta sentencia ha sido reiteradamente citada jurisprudencialmente, siendo objeto de referencia constante por parte de las audiencias provinciales en sus pronunciamientos. Desarrollo jurisprudencial que será analizado con mayor detalle en el Libro II del presente trabajo, dedicado al estudio jurisprudencial de la materia.

Respecto de los efectos sobre la patria potestad en contextos de violencia de género, estos se encuentran regulados en el artículo 156 del Código Civil, el cual establece que:

> Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos (art. 156).

Permitiendo limitar el ejercicio conjunto de la patria potestad cuando exista riesgo acreditado, incluso sin necesidad de una denuncia formal, siempre que medie informe técnico especializado.

3.3. Efectividad de las medidas actuales. Análisis crítico desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes desde la perspectiva de género

Ya se ha señalado que las órdenes de protección son "una medida integral caracterizada por la celeridad y simplicidad en su tramitación, que requiere de la coordinación de cuantos trabajan para proteger a las víctimas de violencia y, por ende, de medios y de recursos humanos suficientes" (Llorente, 2023, p. 7). Entre los principales problemas que afectan su efectividad se ha identificado, por un lado, la:

> Falta de medios que dificulta el control por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, unido a otro no menos importante que es el incumplimiento voluntario por parte de las propias destinatarias que, a los pocos días de su concesión, comparecen en el juzgado para solicitar su levantamiento (Llorente, 2023, p. 8).

Estas circunstancias justificarían la necesidad de modificación del régimen de medidas civiles otorgadas en las órdenes de protección, con el objeto de asegurar una protección desde la perspectiva de los NNA, a través de un seguimiento y vigilancia de las medidas con un enfoque más especializado por el tribunal civil competente.

En la práctica, si una mujer víctima de violencia género o doméstica, desea mantener las medidas civiles adoptadas en la orden de protección, debe necesariamente ejercer la acción ante el tribunal competente. En este contexto, la implementación de un sistema de oficio para la comunicación entre causas y la celebración de una audiencia de revisión, contribuiría significativamente a reforzar la sensación de protección y acompañamiento durante el proceso, especialmente tratándose de situaciones que afectan directamente a los hijos e hijas. Dado que los NNA requieren de una atención especializada, el procedimiento se estructuraría en torno a su interés superior, garantizando sus derechos procesales.

Entre las dificultades relevantes en materia de protección de los NNA, como bien advierte María del Carmen Peral, son los numerosos supuestos, en que:

> Al progenitor condenado, se le concedió un régimen de estancia, relación y comunicación tan amplios que pudieran solaparse con auténticas guardas y custodias compartidas (…) [igualándose] el tiempo de las visitas al tiempo de estancia de los hijos con el progenitor custodio" (2017, p. 4).

Situación preocupante, tal como lo refleja:

> La decisión de la CEDAW de 16 de julio de 2014, en la que se condenaba al Estado español por no haber protegido a [la madre] y a su hija (…), a la que el maltratador asesinó en 2003 en una de las visitas establecidas judicialmente. [Que] A pesar de las denuncias de [la madre] a su exmarido en 30 ocasiones por amenazas y agresiones[.] Las visitas y comunicación con la hija por parte de su agresor no se habían interrumpido (Picontó, 2024, p. 252).

En que durante el:

> Tiempo que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente, las autoridades tanto judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos

> tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento del padre (Picontó, 2024, p. 252).

Otra problemática identificada es la persistencia de regímenes de relación excesivamente amplios en favor del padre, aun cuando este se encuentra inmerso en un proceso por violencia de género.

Adicionalmente, se observa como ya ha mencionado Picontó, un enfoque que prioriza el mantenimiento del vínculo paternofilial por sobre el bienestar de los propios NNA. A pesar de la manifestación negativa expresa, en algunos casos se les insiste en mantener dicho vínculo. En este sentido, debiera fomentarse el uso de fórmulas: "a tolerancia del niño, niña o adolescente", que reconocen la necesidad de subordinar el régimen de vinculación a las condiciones emocionales, psicológicas y contextuales de los NNA, reafirmando su calidad de sujetos centrales de protección. Esta perspectiva permite que los regímenes relacionales de los hijos e hijas con sus padres, fijados judicialmente incorporen una flexibilidad real orientada a resguardar el principio de interés superior del niño.

Respecto de las modificaciones introducidas en el Código Civil, por la Ley Orgánica 8/2021, en el contexto de violencia de género, destaca el establecimiento de la regla, que:

> No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género." (art. 94).

Este precepto es congruente con lo ya advertido por el:

> Primer Informe de Evaluación a España del Grupo de Expertos en la Lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO 2020) [en que se debe] limitar el margen de discreción de los jueces penales y civiles en sus decisiones en torno a la custodia y los derechos de visita de los autores condenados por violencia infligida en el ámbito de la pareja (Picontó, 2024, p. 268).

Dicho artículo refleja un cambio de paradigma normativo, en la medida que la existencia de indicios fundados de violencia de género impone la suspensión de la relación del padre con los hijos e hijas, ante hechos de gravedad como los mencionados en el artículo 94 del Código Civil. Ello conlleva un aumento del estándar de exigencia judicial, para el eventual establecimiento de un régimen comunicacional, que requerirá la previa evaluación de la situación paternofilial, tal como lo establece el inciso final del artículo. Conforme a lo establecido, se hace imprescindible incorporar:

> La exigencia de una mayor especialización del perfil profesional de los distintos operadores (…). En especial, establece la necesidad de una formación especializada de aquellos jueces, fiscales, agentes de los servicios sociales, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. (Picontó, 2024, p.272)

En relación a la materia de la patria potestad, el artículo 156 del Código Civil, señala que:

> Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos (art. 156).

Por su parte, Teresa Picontó, señala que:

> Tras un exhaustivo análisis de sentencias, el CGPJ, críticamente señala que las resoluciones sobre custodia se suelen hacer valoraciones generales. (…) [Encontrándose que] en las sentencias se fundamenta con mayor precisión la situación y características de los padres que las de los niños y niñas, de los cuales hay muy pocas referencias concretas. Además, los deseos de los hijos e hijas se acatan o se rechazan sin una fundamentación suficiente y sin relacionarlo con el resto de las circunstancias concurrentes (2024, p. 264).

Esta situación evidencia un persistente adultocentrismo en los procesos judiciales, en los que prevalece la preocupación por las capacidades parentales de los progenitores sobre las necesidades y manifestaciones expresas de los NNA. La lógica que parece regir muchas decisiones es aparentemente sencilla: si los padres cumplen con los criterios de idoneidad, se ordena una vinculación, en caso contrario, esta se restringe. Sin embargo, al manifestar los NNA su voluntad de no vincularse con uno de sus padres, se suele imponer un régimen relacional, basándose exclusivamente en la evaluación de los adultos, forzando un vínculo que carece de un proceso progresivo, desatendiendo las necesidades propias del NNA.

Un NNA que muestra una oposición activa a vincularse con uno de sus padres, tiene un trasfondo emocional que no puede ser ignorado. Aunque el proceso judicial no es el especializado, si lo son los servicios psicosociales que intervienen proceso. Por ello, no será siempre eficaz, un régimen rígido, en consideración que los tiempos y procesos emocionales son distinto a los de los adultos. De ello deriva la importancia de una especialización en el proceso, al tomar decisiones orientadas en la revinculación progresiva y segura, en contextos de violencia de género.

Este delicado equilibrio entre el interés superior del niño y los derechos de los padres constituye uno de los mayores desafíos para los jueces al momento de resolver sobre las relaciones familiares. Una crítica recurrente en la doctrina señala que "el criterio judicial dominante sigue siendo que no puede privarse al padre del derecho a relacionarse con su hijo e hija, por las consecuencias negativas en su desarrollo". (Picontó, 2024, p. 274). Siendo este planteamiento coherente con el derecho de los NNA a crecer y vincularse con su familia. Sin embargo, no puede ignorarse la importancia de considerar los antecedentes de violencia de género, dentro de las circunstancias específicas de cada caso.

Continuando con marco de análisis de las medidas civiles orientadas directamente a la protección de los NNA, resulta pertinente examinar el articulo 544 quinquines de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contempla diversas facultades para el juez, entre ellas:

a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.
b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.
d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

Estas medidas, si bien pueden aplicarse respecto de cualquiera de los progenitores, evidencian un avance hacia una mayor especialización en las materias concerniente a la protección de los hijos e hijas.

Retomando el foco del presente estudio, cabe señalar que el ordenamiento jurídico español dispone actualmente de diversas herramientas civiles de protección en contextos de violencia género o doméstica, siendo bastante robusto en la materia. Teniendo presente el enfoque comparado que adopta este estudio, correspondería continuar con la realidad normativa chilena, la cual será abordada con mayor profundidad en el libro III del presente trabajo.

LIBRO II: ANALISIS JURISPRUDENCIAL

¿QUÉ PROBLEMAS ENCONTRAMOS EN LA PRACTICA?

1.1Tendencia jurisprudencial y análisis de sentencias

Desde una perspectiva general, se entiende que en el ámbito de las relaciones de familia en las que existen niños, niñas y adolescentes, lo habitual es que se regule el vínculo entre los padres y sus hijos e hijas. Inicialmente, la regla general es que ambos padres detentan el derecho y deber de vincularse con sus hijos, así como la obligación de protegerlos, basándose en el principio de corresponsabilidad parental. No obstante, esta situación se vuelve particularmente compleja dentro de la dinámica familiar, al presentarse situaciones de violencia de género y violencia doméstica, las cuales imponen límites al ejercicio de los derechos de los padres. Agregando un mayor nivel de conflictividad al momento del término de la relación de afectividad y de la vida en pareja.

En este contexto, la jurisprudencia ha establecido criterios disimiles en función de las circunstancias y variables particulares de cada caso. En relación con el régimen comunicacional de los padres con los hijos, resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección núm. 10, V 736/2024, núm. resolución 211/2024 del 10 de abril del año 2024, ponente José Luis Conde-Pumpido García[2]. En la que se indica que:

> En situaciones patológicas de violencia de género, constante un proceso penal de esta naturaleza o cuando se advierta la existencia fundada de indicios de esta clase, la regla general debe ser la de no fijación de régimen de comunicación y visitas y la excepción su establecimiento cuando así lo aconseje el superior interés de los hijos. (siendo) equivalente cuando se trata de la investigación de episodios de violencia vicaria" (SAP Valencia, sección 10°, V 736/2024). En consonancia con lo señalado, la suspensión del derecho a vincularse con los hijos en caso de existir indicios fundados, de acuerdo con D. Mayor Fernández, "esta restricción responde, al menos en parte, a una suerte de presunción implícita de ineptitud para el ejercicio de las funciones parentales propias de la guarda ocasional y para un correcto desarrollo de la relación comunicativa (Mayor, 2022, como se citó en Picontó, 2023, p. 275) con los NNA.

[2] ID. CENDOJ: 46250370102024100231

1.2 Violencia Vicaria en la Jurisprudencia Española

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección núm. 10, V 763/2024, núm. resolución 232/2024, del 17 de abril del año 2024, ponente Eduardo Pastor Martínez[3], que se analizara a continuación, el tribunal de primera instancia decidió mantener un régimen comunicación entre hijo y su padre, a pesar de la existencia de indicios fundados de violencia de género y, en este caso particular, antecedentes de violencia vicaria. En el caso en concreto:

> "El acusado despertó a [la recurrente], que se encontraba durmiendo con el hijo común y, mostrándole un cuchillo, le dijo que se lo clavaría a su hijo, saliendo de la habitación y volviendo minutos más tarde, se tumbó junto a ellos exclamando que tuviera cuidado que él iba a estar despierto "(SAP Valencia, sección 10°, V 763/2024).

Frente a tales hechos se interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Violencia Sobre La Mujer, n°1, de Valencia, Asunto Civiles. En que la recurrente alegó que, si bien se le otorgó el ejercicio unilateral de la patria potestad, se estableció "un régimen de visitas a favor del padre, con tutela del PEF, para restablecer el vínculo entre padre e hijo, debiendo tenerse en cuenta los informes de la UCA [Unidad de Conductas adictivas]" (SAP Valencia, sección 10°, V 763/2024).

El recurrido había sido condenado como:

> "Autor responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar y de amenazas, con agravante de reincidencia y atenuante de toxicomanía, con condena a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por plazo un año y un día, prohibición de aproximación" (SAP Valencia, sección 10°, núm. V 763/2024).

En consideración a los antecedentes descritos, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección n°10, emitió una crítica contundente, señalando que el:

> "Informe pericial ponía de manifiesto los graves problemas de politoxicomanía del demandado, describía la exposición del hijo en común a situaciones de riesgo y, en nuestra opinión, no evaluaba con la suficiente seriedad la existencia de antecedentes penales por maltrato, ni los episodios de violencia en ese momento ya denunciados" (SAP Valencia, sección 10°, V 763/2024).

[3] ID. CENDOJ: 46250370102024100258

Resulta particularmente alarmante que, frente a los graves hechos denunciados en que, existiendo una amenaza directa frente a la integridad del niño, se haya priorizado el mantenimiento del vínculo paternofilial por sobre las señales de riesgo. Esta situación confirma lo sostenido por Teresa Picontó, quien advierte que:

> "Son escasas las resoluciones en las que se incorporan medidas de suspensión del régimen de visitas y de la guarda o custodia. Pese al abanico de instrumentos de protección, el criterio judicial mayoritario sigue siendo que no puede privarse al padre del derecho a relacionarse con su hijo e hija" (2023, p. 275).

Dado que esta sentencia es posterior a la entrada vigor de la Ley Orgánica 8/2021, es sin duda imperante replantear el abordaje judicial de estas situaciones, centrando el análisis en las necesidades y la protección de los hijos e hijas y la madre. Permitir la continuidad de un régimen comunicacional en estos casos no solo expone nuevamente a los NNA al riesgo, también deja en desprotección y revictimiza a la madre, quien ya había relatado actitudes violentas reiteradas del padre del niño, incluyendo amenazas directas contra el hijo en común.

En el marco de análisis jurisprudencial en materia de violencia vicaria, resulta relevante la Sentencia de La Audiencia Provincial de Valencia, Sección n°100, V 3/2024, núm. resolución 71/2024, del 31 de enero del 2024, ponente Clara Eugenia Bayarri García[4]. Este fallo se abordan hechos que representan la máxima manifestación expresión de la crueldad de este fenómeno, al concluir con el fallecimiento del hijo en común, hecho que tuvo lugar en el marco de un régimen de custodia compartida. Este contexto revela deficiencias las medidas civiles de protección del niño involucrado.

De acuerdo con los antecedentes judiciales, el padre había sido previamente condenado por violencia de género, existiendo una orden de alejamiento respecto de la madre, pero no así respecto del hijo, pese a la existencia de antecedentes de violencia, no se adoptaron las medidas civiles adecuadas, conforme al artículo 94 del Código Civil, norma que debió haber sido considerara y aplicada con mayor rigor a la luz de los antecedentes de violencia de género disponibles al momento de resolver la custodia compartida.

La sentencia subraya de forma categórica la omisión del sistema judicial al no haberse efectuado una evaluación de riesgo con el grado de profundidad que el caso requería. A pesar de existir en los antecedentes de condena previa por violencia de género,

[4] ID CENDOJ: 46250381002024100001

pruebas de patrones de dominación, control y amenazas, con un contexto emocional de separación con denuncia de agresión con armas, no se adoptaron las medias civiles idóneas orientadas a resguardar la integridad del niño. Asimismo, la sentencia evidencia la ausencia de un seguimiento institucional efectivo, lo que configuro la situación de riesgo persistiera. Tras dictarse la sentencia de divorcio, al padre del niño:

> "Comprendió finalmente que [su expareja] no volvería más a casa, y cesó en todo acto hostil respecto de su exesposa, comenzando a insistir en ver al niño, petición a la que [la madre] sí accedía, pasando el niño los domingos con su padre, si bien, cuando acudía a llevarle al menor, lo hacía siempre acompañada por su madre o su padre, y nunca pasaban de la puerta del portal de la finca. (…) Los días inmediatamente anteriores al domingo 3 de abril de 2022, sin embargo, [el padre] comenzó de nuevo a llamarla insistentemente pidiéndole que le llevara al niño" (SAP Valencia, sección 100°, V 3/2024).

Actos que, sumado a los antecedentes de violencia, constituían una alerta clara de una posible escalada de violencia, en que la falta de intervención oportuna y de medidas preventivas eficaces en esta etapa, resultó determinante en el desenlace fatal del caso.

Resulta especialmente relevante la valoración de la Audiencia Provincial, al declarar:

> "Probado que, la finalidad última del crimen no fue otra que causar a su ex esposa el mayor dolor de todos los imaginables, convirtiendo la muerte de su hijo en un paradigmático acto de violencia machista vicaria, no sólo porque el propio encausado reconoció tal finalidad machista en su propia declaración, tomando el tribunal del jurado en consideración que 'declara que si no se hubieran separado no hubiera ocurrido el delito [y] la perversidad de haber propiciado que la madre oyese morir a su hijo (…) de que permitió que cogiese el teléfono, cuando lo estaba acuchillando, para que su madre lo oyese gritar pidiendo auxilio" (SAP Valencia, sección 100°, V 3/2024).

Para el sentenciador, no cabe dudas respecto del móvil del agresor, quien instrumentalizo al hijo en común como medio para provocar un daño irreparable a su expareja y el máximo dolor que puede sentir una madre, calificando el tribunal dicha conducta como una forma extrema de tortura emocional, reflejo del carácter más brutal de la violencia vicaria.

Este fallo constituye una expresión clara de que la ausencia de mecanismos eficaces de evaluación de riesgo con perspectiva de género e infancia aumentan el riesgo de derivar en un desenlace falta para los NNA.

La sentencia analizada refuerza la pertinencia de la modificación introducida al artículo 94 del Código Civil, que estableció limites en la atribución de custodias compartidas existiendo antecedentes de violencia de género. Al imponer un estándar más riguroso de evaluación del riesgo infantil, incorporando factores como el entorno del niño con perspectiva de género. Evidenciando la necesidad de fortalecimiento de los mecanismos de coordinación interinstitucional en conjunto con la implementación de programas de formación obligatoria y especializada en violencia vicaria.

En concordancia con lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección núm. 24, M 4441/2024, núm. resolución 96/2024 del 15 febrero del año 2024, ponente Ángel Luis Campo Izquierdo[5]. Aborda al debate existente entre las dos corrientes interpretativas de aplicación del artículo 94 del Código Civil, la cual además presenta un voto disidente de interés.

Por una parte, se identifica un:

> "Grupo que ve necesario la nueva redacción, (…) dado el escaso resultado que tuvo la aplicación de la LECrim, sobre suspensiones de dichas comunicaciones 'de la relación paternofilial' por los Juzgados de VSM. Y por el otro nos encontramos a los que consideran que la forma en que está redactado el artículo, está generando una aplicación automática de esa suspensión o no fijación de régimen de comunicaciones, por el simple hecho de estar en trámite un proceso o condena penal, donde no se ha fijado aún una orden de alejamiento respecto de los menores; sin hacer una previa valoración de si existen realmente indicios de riesgo/peligro para el menor si hay esas comunicaciones, o de que si esa medida es necesaria y beneficiosa para el menor, que verá anulado su derecho esencial y fundamental de estar y comunicarse con ambos progenitores" (FD. 2°).

La sentencia enfatiza en la protección que el derecho internacional y nacional otorgan a los de derechos de los NNA a relacionarse con sus padres. Sin embargo, subraya el espíritu del legislador en "evitar al menor una situación de peligro o perjuicio derivada de un hecho violento o delictivo realizado por uno de sus progenitores" (FD. 2°, letra E).

[5] ID. CENDOJ: 28079370242024100164

Este enfoque pone en evidencia la tensión entre el ejercicio del derecho a vincularse con el deber de protección, entendiendo que el primero no es un:

> "Derecho absoluto, que no pueda ser limitado o eliminado; sino que, todo lo contrario, en el sentido de que ese derecho a relacionarse con sus progenitores debe ceder ante el principio de garantizar su seguridad física y/o psíquica. Por tanto, en base al propio principio del Interés Superior del Menor, cuando se acredite o existan realmente indicios de que esas relaciones pueden ser perjudiciales o causar algún daño al menor, se pueden y deben suspender, limitar o acordar que se hagan con determinas garantías, como puede ser el uso de los PEF o que sean supervisadas por algún familiar o persona de confianza" (FD. 2°, letra I).

Esta interpretación se alinea con la postura, de garantizar una protección centrada en la infancia.

Quienes respaldan la postura más crítica del articulo 94 del Código Civil, alegan la existencia de la denominada "prueba diabólica", consistente en la inversión de la carga probatoria, en perjuicio de los padres que solicitan un régimen comunicacional con sus hijos e hijas. Fundamentan su crítica, en la imposición de una obligación de acreditar un hecho negativo, lo que contraviene directamente el articulo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, se:

> "Le impone una prueba diabólica y/o imposible, al exigirle acreditar un hecho negativo; es decir acreditar que no ha cometido el hecho violento o delictivo que se le imputa, lo que es lo mismo, que no es un maltratador o que el fijar las comunicaciones y estancias no perjudicará a su hijo/a. (…) imponiendo sobre el progenitor que pide estar y relacionarse con su hijo, una prueba diabólica consistente en acreditar un hecho negativo. Cuando es el fiscal o la parte contraria, quien tiene realmente la facilidad probatoria para acreditar la existencia de esos hechos delictivos/violentos, o al menos la existencia de indicios fundados" (FD. 2°, letra I).

En consecuencia, el progenitor queda en una situación procesalmente desventajosa, ya que:

> "La nueva redacción del artículo 94, lo que ha hecho es cambiar ese orden, y fijar como regla general la suspensión, no fijación o limitación de ese derecho de relación; y como excepción la posibilidad de que el juez fundamente en interés del menor el fijar esas comunicaciones y estancias. (…) Redacción que ha

conllevado, según ponen de manifiesto numerosos letrados, a que se produzca una aplicación automática de la regla general, sin entrar a valorar si existen pruebas o indicios razonados de que esa medida es buena para el/la hijo/a, basándose para ello solo en el dato de que exista abierta una causa penal. Situación que resquebraja la doctrina del TS sobre carga de la prueba: art 217 de la LEC, en relación a los hechos negativos" (FD. 2°, letra I).

La postura crítica hacia la redacción de dicho artículo, si bien resulta comprensible en atención a las tensiones interpretativas que suscita, la sentencia hace referencia al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en sentencia de 13 de septiembre del año 2022, que zanjo la discusión, al sostener que:

"El párrafo cuarto del art. 94 del Código Civil carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. (…) No limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor" (FD. 2°, letra I, a y b)

Por el contrario, el precepto legal:

"Faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él, así como el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, pero también el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal" (FD. 2°, letra I, c), en consecuencia, ello permite que "la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas o estancias, respecto del progenitor denunciado o querellado que hubiera sido imputado formalmente por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del art. 94 del Código Civil señala, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada" (FD. 2°, letra I, d).

En definitiva, en la especie, el establecimiento de un régimen progresivo y supervisado a criterio del sentenciador, tutela debidamente, el principio de Interés Superior del Niño, tanto en su protección, como en su derecho a vincularse con sus progenitores. En que, si bien de la redacción del artículo 94 del Código Civil, podría desprenderse de acuerdo con las posturas criticas una automatización, lo cierto es que la redacción actual del precepto permite una valoración por parte del órgano jurisdiccional,

exigiendo una resolución fundada, en los casos en que se mantenga un régimen comunicacional, aun existiendo causas penales.

Sin embargo, cabe mencionar el voto particular de la Ilma. Sra. presidenta De La Sección 24 De La Audiencia Provincial De Madrid. Doña María José De La Vega Llanes (ROLLO 472/2023). Sostiene una interpretación más estricta en la aplicación del artículo 94 del Código Civil. El voto particular, advierte que:

> "Los hechos que en este caso han dado lugar a la incoación del procedimiento por violencia de género, presentan un riesgo de violencia vicaria que puede ser ejercida no solo en el ámbito físico sino también psíquico" (SAP de Madrid, Sección 24, n°96/2024, 15 febrero 2024).

Fundamentando su postura en la existencia de antecedentes penales por delitos de violencia y en que:

> "Las manifestaciones violentas paternas ejercidas (…) en presencia de su hijo son hechos que se constatan en el Auto mencionado, amén de la existencia de antecedentes penales [del padre] por delitos de Violencia todo lo cual aconseja a que se siga lo previsto en el art 94 del CC, al no acreditase ni derivarse de tales conductas violentas y descontroladas, que por el momento las visitas puedan ser beneficiosas para el menor, que sin duda ha sido testigo presencial de tal proceder" (SAP de Madrid, Sección 24, n°96/2024, 15 febrero 2024).

El voto particular, es tajante en señalar que:

> "La excepción debe tener una particularizada motivación en cada caso que esté justificada. No existen datos o informes dirigidos al juez de que no hay riesgo de que esa violencia ejercida en presencia del menor no vaya a repercutir emocionalmente o pueda volver a reproducirse.
>
> El actual art. 94 del C.C. contempla la situación creada en este tipo de casos donde el incremento de la violencia vicaria sobre los menores ha creado una alarma social evidente y justificada, y donde la casuística fijada en la jurisprudencia es el fiel reflejo de que las medidas adoptadas son coherentes y proporcionadas a una realidad que está en la calle y a unos resultados de multiplicación de la violencia cuando surgen denuncias o peticiones de ruptura de la pareja" (SAP de Madrid, Sección 24, n°96/2024, 15 febrero 2024, Voto Particular, FD. 1°).

Con lo cual:

> “En base a todos estos datos facticos, su duración y permanencia en el tiempo, no obstante haberse producido ya la ruptura de la pareja hace años, reflejan un riesgo suficiente como para no acordar régimen de visitas paterno filial. Existe riesgo de que esa violencia ejercida en presencia del menor no vaya a repercutir emocionalmente o pueda volver a reproducirse” (SAP de Madrid, Sección 24, n°96/2024, 15 febrero 2024, Voto Particular, FD. 2°).

Si bien el fallo acoge un régimen progresivo de visitas, pese a los antecedentes de violencia, presenciados por el hijo y la ausencia de informes que acrediten una vinculación positiva entre el padre y el niño, resulta particularmente llamativo que, a lo largo de toda su fundamentación, no se haga referencia alguna a la opinión manifiesta del niño, que de acuerdo a su etapa evolutiva, al ser un niño que al momento de iniciarse el proceso judicial, contaba con dos años y medio de edad, los indicios respecto al bienestar e indicadores de riesgo, son fundamentales para evaluar el vínculo del niño con su padre, en razón de ser el principal sujeto afectado por la medida adoptada.

Debemos recordarse que la exposición a episodios de violencia constituye, por sí misma, una forma de victimización, y que, en este contexto, el derecho del NNA a mantener un vínculo con el padre, debe ponderarse cuidadosamente frente al deber de garantizar su integridad emocional y física. La omisión de la perspectiva del NNA impide evaluar adecuadamente los efectos que puede generar sobre él, el establecimiento de un régimen relacional que en determinados casos podría contribuir a la normalización de patrones violentos. En consecuencia, cualquier medida orientada al establecimiento del vínculo paterno filial, como lo es un régimen progresivo, debe fundarse en una evaluación individualizada y exhaustiva que incluya la opinión expresa del niño o niña de acuerdo con su etapa evolutiva.

En este caso en particular, frente a hechos de violencia presenciados por el niño, su opinión manifiesta es de fundamental importancia, la cual se obtendrá por los profesionales a través de los indicios en la entrevista respectiva, lo que permitira evaluar la tolerancia del niño respecto de dicho vinculo, siendo un elemento determinante al momento de establecer un régimen de comunicacional y de visitas, ya que debido a ello se puede evaluar las emociones que genera el padre en el niño, por ello, la importancia de plasmar en los fallos su opinión. Siendo fundamental establecer que el régimen relacional quede sujeto a la toleración del niño.

En relación con las críticas dirigidas al artículo 94 del Código Civil, la medida de suspensión allí prevista no constituye un castigo, sino que se configura como una

herramienta de protección de los NNA, orientada a resguardas su bienestar a través de una evaluación previa de las habilidades parentales para afrontar el proceso de revinculación. Esta lógica de protección no debe ser interpretada como punitiva, sino como una estrategia preventiva, que promueve procesos de revinculación sostenidos, garantizando un entorno seguro y no revictimizante para los NNA.

Es elemental fortalecer las habilidades de los padres en los procesos de separación, sobre todo si hay existencia de hechos de violencia, en que el NNA como testigo ha sido víctima igualmente. A juicio de esta autora, la suspensión del régimen comunicacional debe operar como una medida de resguardo temporal, sujeta a revisión periódica, y condicionada a la evolución emocional del NNA y a la evidencia que permita una inculcación sana y no forzada. La inmediatez en retomar un vínculo, especialmente tras haber sido víctima de violencia, no siempre significa que va a ser beneficio para el niño o niña, ya que los tiempos de los NNA, no siempre corresponden con las expectativas de los adultos involucrados.

Respecto de la crítica que ha surge del articulo 94 del Código Civil, con los retractores que alegan su automatización en la aplicación, El Tribunal Constitucional ha sido claro en su sentencia, dándose por zanjada dicha discusión, tal como lo ha señalado la presente sentencia.

1.3 Guarda y Custodia ante la Violencia de género. Cuestión de Inconstitucionalidad del articulo 92.7 del Código Civil

Si bien en el caso previamente analizado se constataban indicios fundados de violencia de género, cabe preguntarse, ¿qué sucede en aquellos supuestos que tales indicios no son claros? En este contexto, resulta relevante el análisis de las medidas de fortalecimiento del estatuto protector de los NNA.

Tal como se ha desarrollado, entre las medidas civiles de protección en casos de violencia de género, una disposición relevante es el articulo 92.7 del Código Civil Español, el cual establece la improcedencia de la guarda conjunta respecto de cualquiera de los progenitores que se encuentre inmerso en un proceso penal:

> Por intentar atentar contra la vida, integridad física, la libertad a 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 (art. 92.7).

Dicho artículo ha sido objeto de controversia y el Tribunal Supremo ha planteado, mediante auto, una cuestión de inconstitucionalidad respecto de su redacción y aplicación. El caso que motivó dicha cuestión se enmarca en el siguiente contexto: en el transcurso del proceso judicial, la madre interpuso una denuncia contra el padre de su hijo por una agresión leve, consistente, de acuerdo con los antecedentes en golpes en el antebrazo, que no generó lesión, hecho que fue considerado un episodio aislado.

Pese a dicha denuncia, tanto el tribunal de primera instancia como la Audiencia Provincial concedieron la guarda conjunta, empleando entre sus fundamentos, informes periciales que describían un vínculo seguro entre el niño con los padres, destacando la idoneidad de ambos.

Este tipo de supuestos, en que la gravedad del hecho denunciado es discutida y no genera un consenso respecto del riesgo para el NNA, se plantea la necesidad de distinguir entre mecanismos automáticos de exclusión de la guarda y custodia conjunta con la ponderación individualiza del caso concreto, atendiendo al principio de interés superior del niño como al principio de proporcionalidad.

Constatado en los antecedentes la existencia de una denuncia por violencia entre los padres y conforme a lo señalado por el Tribunal Supremo, en dicha circunstancia procede la aplicación del artículo 92.7 del Código Civil. No obstante, este punto genera inquietud a lo largo de la sentencia, por la aplicación imperante de dicho artículo.

Advierte el Tribunal Supremo, en ATS 581/2023, del 11 de enero del año 2023, ponente don José Luis Seoane Spiegelberg[6], que dicha norma,

> "En su redacción vigente, no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o a ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla su carácter doloso o culposo, ni las concretas circunstancias concurrentes que exijan un específico tratamiento individualizado. Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vede la custodia compartida" (ATS 581/2023, 11 de enero de 2023).

Este automatismo normativo podría afectar directamente la protección al principio de interés superior del niño, en razón, que de acuerdo con los hechos que fundamentan la

[6] ID. CENDOJ: 28079110012023200338

denuncia, impide ponderar los elementos específicos del caso. En tal sentido, el propio Tribunal Supremo, señala, que, ante hechos que no evidencian un riesgo claro para el niño/a, se debería permitir al juzgador considerar:

> "Otras medidas alternativas menos gravosas, para la consecución de la finalidad legítima perseguida, como es el prudente arbitrio judicial para evitar situaciones como las que el precepto quiere prevenir, siendo desproporcionada la norma cuestionada, en tanto en cuanto no permite entre en juego el principio del interés superior del menor de máximo rango constitucional, al no preverse excepciones al régimen imperativo del art. 92.7 CC, y no ofrecer opciones resolutivas, como si hace el art. 94 del CC" (FD. 6°).

Esta inquietud ha sido compartida a nivel doctrinal, advirtiendo que:

> Si bien la condena o existencia de un procedimiento penal contra el otro progenitor, imposibilita la adopción de una medida de guarda y custodia conjunta, el automatismo del primer precepto puede afectar de forma negativa al interés superior del menor, (…) ya que puede existir un evidente perjuicio para el menor y el progenitor investigado en caso de que el inicio del procedimiento judicial terminara con un sobreseimiento, privando al menor de relacionarse de la forma más adecuada con su progenitor por el hecho de una denuncia que puede no acabar en sentencia condenatoria (Sales, 2023, p. 7).

La controversia que deriva de la naturaleza imperativa del artículo, respecto de la suspensión de la guarda conjunta, en casos como el analizado, evidencian el complejo equilibrio que deben lograr los operadores jurídicos entre la protección de las víctimas de violencia de género con el principio de interés superior del niño, en cuanto a su derecho a relacionarse con sus padres.

Es necesario tener presente que el Código Civil, establece los supuestos en que no podrá otorgarse la guarda conjunta, lo cual se justifica en la necesidad de salvaguardad la seguridad e integridad de NNA, como de la víctima de violencia de género, al sufrir atentados "contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual" (art. 92.7). Se trata, por tanto, de situaciones que ameritan un tratamiento jurídico especializado, al verse comprometidos bienes jurídicos fundamentales, dentro del contexto familiar. Debemos tener presente que la denuncia de una agresión, aunque esta sea aislada o constituya una única situación, es indicativo de un aumento de conflictividad entre los padres. Dicha conflictividad, de no ser

adecuadamente abordada, puede obstaculizar el adecuado desarrollo de un régimen de guarda conjunta.

Ha de tenerse presente que el interés superior del niño dirige la interpretación y aplicación de las medidas en el ámbito familiar y siendo valorada la guarda conjunta como una opción beneficiosa. No obstante, una suspensión de esta por la existencia de una denuncia por violencia de género puede considerarse una medida prudente, en tanto, permite evaluar el nivel de conflictividad entre los padres, a efecto de prevenir eventuales situaciones de riesgo tanto para los NNA y los padres afectados.

Si bien la pérdida temporal del derecho a ejercer la guarda conjunta representa una medida de alta intensidad, ello no impide que el tribunal pueda establecer un régimen comunicacional y de visitas lo bastante amplio, con el fin de resguardar la vinculación de los hijos e hijas con sus padres afectados por la suspensión, en tanto se desarrolla el proceso judicial correspondiente.

Dicho régimen deberá fijarse con la debida cautela, conforme con el Código Civil, que faculta a autoridad judicial para "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" (art. 94). Ello permite mantener la vinculación de los hijos, en aquellos casos en que no existan indicios claros de riesgo, siempre que del análisis de los antecedentes se desprenda la conveniencia de preservar el vínculo, por estimarse seguro y beneficio para el NNA. Ello, mientras se resuelve por parte del Tribunal Constitucional la controversia que subsista el articulo 92.7 del Código Civil.

1.4 Tendencia jurisprudencial y análisis de sentencias respecto de la patria potestad.

Respecto de la patria potestad, Sentencia de La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24, M5528/2024, del 21 de marzo del año 2024, ponente doña Victoria Sainz De Cueto Torres[7], resuelve un recurso de apelación en el marco de un procedimiento por violencia de género. El fallo aborda tres cuestiones fundamentales: la suspensión de la patria potestad, la denegación del régimen de visitas y la fijación de alimentos a cargo del padre privado de libertad. Resulta de especial interés, para efectos del presente análisis, el examen de las decisiones referidas a la patria potestad y al régimen de visitas.

> "La impugnación interpuesta por la recurrente se fundamenta sobre la base de considerar que existe un "error en la valoración de la prueba al fijarse en

[7] ID. CENDOJ: 28079370242024100192

sentencia la suspensión del ejercicio de la patria potestad [y] la no fijación de régimen de visitas" (FD. 1°).

La Audiencia Provincial, en sus fundamentos cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, particularmente la:

> "STS3 19/2016, de 13 de mayo, en la que el Tribunal Supremo optó por la suspensión de la patria potestad: en la sentencia recurrida no se priva de la patria potestad, sino que simplemente se suspende su ejercicio, dado que se encuentra en un centro penitenciario, en aplicación de lo dispuesto en el art. 156 del C. Civil, dada la imposibilidad de su ejercicio efectivo. (…) El art. 65 de la Ley orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece: ´El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él'. [Resultando] obvia la dificultad que tendrá la madre en una situación de alejamiento y falta de comunicación con el padre impuesta por sentencia penal para tomar decisiones en relación con la menor, fijar el domicilio, adoptar decisiones médicas, decidir el centro escolar al que acuda y tipo de educación, viajar, autorizar viajes, administrar sus bienes, representarla, obtener o renovar su pasaporte o DNI, realizar trámites y gestiones administrativos etc." (FD. 2°).

La decisión de la Audiencia Provincial de mantener la suspensión del ejercicio de la patria potestad responde a una línea jurisprudencial ya establecida, constituyendo una forma idónea de resguardar el principio de interés superior del niño, y la protección de las víctimas de violencia. La sentencia destaca, la consistencia mostrada por las Audiencia Provinciales en la materia, en atención a los impedimentos prácticos del ejercicio conjunto de la patria potestad, derivado del cumplimiento de la pena privativa de libertad y orden de alejamiento impuestas al padre, en la toma de decisiones esenciales respecto de la niña y que el artículo 156 del Código Civil, busca salvaguardar.

A diferencia de otras materias relacionadas con los hijos e hijas en los que todavía se observan divergencias, en el tratamiento de la patria potestad, se revela una mayor claridad y uniformidad. En lo relativo al régimen de visitas en favor del padre, la Audiencia Provincial mantiene la línea de decisión que ya hemos analizado en sentencias anteriores. En este sentido la sentencia reitera que el artículo 94 del Código Civil no opera con automatismo. Citando:

> “La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre, Recurso de inconstitucionalidad 5570-2021, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad, y la interpretación constitucional que ha de darse. (…) Por todo ello, concluye que "el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predican los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor” (FD. 3°).

Así, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid viene a confirmar lo establecido y ya resuelto por el Tribunal Constitucional en el año 2022.

Continuando con el análisis jurisprudencial en materia de patria potestad, resulta relevante el recurso de amparo resuelto por Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 54/2025, del 10 marzo del año 2025, Aranzadi LA LEY JUR\2025\35520, en el contexto de divorcio con indicios de violencia de género, en el que se examinan las medidas provisionales de custodia. En la presente causa judicial la recurrente impugna el auto 81|21 de fecha 30 de julio del año 2021, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Vitoria- Gasteiz.

Dicha resolución impuso a la madre el deber de ejercer la custodia del niño en la ciudad de la cual había huido por hechos denunciados constitutivos de violencia de género. A juicio de la recurrente tal resolución vulnera el interés superior del menor, al no ponderar adecuadamente las circunstancias del caso, afectando con ello la debida protección del derecho a elegir libremente la residencia y careciendo de fundamentación suficiente.

En cuanto a los antecedentes, la madre del niño denunció:

> “Tres episodios concretos de violencia tras el nacimiento de su hijo común, en al menos uno de los cuales habría estado presente el menor, [en que el padre] había agarrado por el cuello y empujando contra la pared, pasando a continuación a relatar los hechos acontecidos el 1 de noviembre de 2020 cuando, con motivo de un desacuerdo relativo al cuidado de su hijo común, [el padre del niño] le había vuelto a agarrar del cuello, tirándola después al suelo, donde le propinó varias patadas en el muslo izquierdo y amenazó con ‘abrirle el cráneo y partirle la cabeza’, culpabilizándola de su propio modo de actuar “(Antecedentes, núm. 2).

Estos hechos motivaron la presentación de la denuncia y la salida inmediata desde Vitoria-Gasteiz a Coruña, interponiendo la acción ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Coruña. Sin embargo, dicho tribunal inhibió su competencia en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz.

De forma paralela al proceso por violencia de género, el padre interpuso una demanda civil por inadecuado ejercicio de la patria potestad, cuestionando que la madre se hubiera llevado al niño sin su consentimiento. Esta acción, se acumuló al procedimiento llevado ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz.

Mediante auto, dicho tribunal dicto medidas provisionales sobre la custodia del hijo en común, ordenando que "la guarda y custodia del menor, atribuida a la madre, deberá ejercerse en la ciudad de Vitoria-Gasteiz" (Antecedentes, núm. 2), ciudad de origen donde residía la familia antes de la separación, salvo que estuviese dispuesta a ceder la custodia al padre. Igualmente, se estableció un régimen de visitas, disponiendo que la entrega se realizara en el Punto de Encuentro Familiar.

En Tribunal Constitucional, al pronunciarse manifestó críticas sustantivas a la ponderación realizada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteirz. Señalando que efectivamente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, "debía haber tenido en cuenta que la existencia de una orden de protección no es el único indicio de violencia de género de necesaria consideración, ni su denegación puede entenderse con efectos excluyentes frente a la concurrencia de otras señales de violencia machista" (FD 3°).

El Tribunal Constitucional ha sido particularmente severo al advertir la existencia de estereotipos de género. En efecto, señala que:

> "La mera alusión a la inexistencia de una orden de protección en el auto controvertido no supera el canon reforzado de motivación que exige el art. 24.1 CE en contextos de violencia de género, mandato que igualmente desatiende el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz al incurrir en respuestas basadas en estereotipos de género completamente ajenas al deber de nuestros jueces y tribunales de fundamentar las decisiones que afectan derechos fundamentales sustantivos o valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Más concretamente, el auto 81/21, de 30 de julio, afirma que [la victima] denunció cuatro días después a que ocurrieran los hechos presuntamente constitutivos de violencia de género y que podría haberse mudado de residencia en la misma ciudad de origen. De este modo, el auto de 31 de julio de 2021 incurre en una

suerte de revictimización (…) al reprocharle una denuncia tardía y el no haber mantenido su domicilio en la misma ciudad en la que se encontraba la residencia de su presunto maltratador, pues no puede desconocer un órgano jurisdiccional, menos aún si se trata de un juzgado de violencia sobre la mujer, el temor que la violencia machista infunde sobre sus víctimas a la hora de denunciar y tomar decisiones sobre los hijos e hijas comunes" (FD. 3°).

Si bien el Tribunal Constitucional acogió el recurso de amparo, la sentencia fue objeto de un voto particular de los magistrados don César Tolosa Tribiño y don Enrique Arnaldo, quienes argumentan su decisión en los siguientes argumentos:

"El razonamiento de la sentencia vulnera el derecho a la presunción de inocencia. (…) En tal sentido: A) la argumentación de la sentencia desconoce y las consecuencias que se derivan de la existencia de la sentencia absolutoria en relación con [el padre] dictada por el Juzgado de los Penal núm. 1 de Vitoria y que fue confirmada por la Sección de lo Penal de la Audiencia Provincial de Vitoria; B) modifica la acrisolada doctrina constitucional sobre la prueba elevando a la categoría de indicio la denuncia y el atestado, así como la 'certificación' expedida por el Ministerio Fiscal; C) y, todo ello, tras contravenir la prohibición constitucional de la reconstrucción de la demanda de amparo, al incorporar como fundamento de la misma el derecho a la igualdad y no discriminación que no fue invocado por la demandante.

2. En segundo lugar, la argumentación de la sentencia contradice el asentado principio civil de ejercicio conjunto de la patria potestad en lo que, entre otros aspectos, se refiere a la determinación del domicilio del hijo común que es desplazado por el derecho a la libre fijación de residencia de la madre, art. 19 CE, aunque ello suponga el sacrificio del interés del niño, en cuanto a su derecho 'a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses', art. 24 CDFUE. Debemos adelantar que el ejercicio por el progenitor custodio del derecho a la libre elección de la residencia, art. 19 CE, no comprende la facultad de decidir unilateralmente el domicilio de los hijos comunes.

3. En tercer lugar, realiza una referencia innecesaria y fragmentada de la STC 106/2022, de 13 de octubre, que tiene más que ver con el voto conjunto 'concurrente/particular', en el que los firmantes consideraban que 'la sentencia aprobada por la mayoría entiende que hay una interpretación constitucional de la

norma impugnada y que solo esa interpretación permite salvar la constitucionalidad de la norma', que con la sentencia aprobada por el Pleno.

4. Finalmente debemos indicar que la resolución impugnada, junto con el resto de las resoluciones que por la resistencia de la demandante debieron dictarse en el marco de su ejecución, lejos de vulnerar derechos fundamentales de la recurrente restablecieron el derecho a la vida familiar [del padre], truncado por la decisión unilateral e injustificada de la demandante. De este modo garantizaron el cumplimiento de las obligaciones positivas derivas del art. 8 CEDH y dieron satisfacción al interés superior del menor" (Voto particular, FD 1°, 2°, 3° y 4°).

El caso resulta particularmente interesante, en razón que evidencia dos posturas totalmente contrapuestas por parte de los magistrados. Una de las principales discrepancias reside en la infracción de la norma que regula el ejercicio de la patria potestad. Si bien en el caso concreto se aprecia una infracción normativa, la aplicación de la perspectiva de género desarrollada por el Tribunal Constitucional merece especial valoración, por cuanto se alinea con los estándares exigidos ante indicios de violencia de género.

En el caso en particular, el cambio reiterativo de domicilios podría tener consecuencias adversas para el niño, al haber sido desvinculado abruptamente de su entorno. Sin embargo, ello no debe conducir a ignorar las inquietudes legitimas manifestadas por la madre ni la denuncia por violencia de género. Si bien la resolución dispuso el regreso inmediato del niño a la ciudad de origen, habría resultado más acorde que dicho retorno se hubiera ordenado en forma progresiva y transicional. Este enfoque habría permitido evaluar, con más detenimiento el entorno más idóneo para el desarrollo del niño, facilitando su adaptación, asegurando el vínculo paterno filial como la protección de la madre denunciante, pero también resguarda a la madre existiendo denuncia por violencia de género, mediante el acompañamiento institucional correspondiente.

En este contexto, la exigencia de restablecimiento inmediato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil Español debe ceder ante la necesidad de preservar la estabilidad y el principio rector de interés superior del niño. Si bien puede proceder el retorno al domicilio original, debe estar precedido por un proceso adaptativo, respetuoso de los tiempos emocionales y personales del niño.

Lo anterior no implica que el principio de interés superior del niño deba operar como mecanismo de flexibilización generalizada de normas imperativas. Mas bien, se

trata de valorar la ponderación realizada por el tribunal al analizar las circunstancias concretas del caso. Si bien la recurrente incurrió en un incumplimiento normativo procediendo el restablecimiento del derecho del padre a decidir sobre el lugar de residencia del hijo, resulta legítimo, que dicho restablecimiento deba ajustarse a las condiciones y tolerancia del niño. La rigidez normativa, cuando se trata de materias que afectan a NNA, deber ser modulada a la luz de sus necesidades específicas, particularmente cuando han vivido un alejamiento intempestivo y se enfrentan a un eventual segundo cambio abrupto de entorno. Debiendo en tales casos, priorizarse una adaptación paulatina, en resguardo del bienestar del NNA.

1.5 Conclusiones

A lo largo del análisis jurisprudencial, se advierte una carencia relevante: la ausencia de una referencia explícita a la opinión manifiesta del NNA. Si bien nos encontramos en un contexto normativo y jurisprudencial que promueve un cambio de paradigma, en el cual los NNA son reconocidos como sujetos plenos de derecho, la aplicación práctica de dicho principio aun muestra deficiencias. En efecto, aunque se reconoce el derecho de los niños y niñas a ser escuchados, derecho consagrado y reconocido tanto a nivel internacional y nacional, por instrumentos como la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12. También se ha establecido en variados cuerpos normativos este derecho, en que no solo el Código Civil contempla la obligación de escuchar a los NNA al momento de regular las materias referente a los hijos e hijas, también es importante tener presente el artículo 11 de la Ley Orgánica 8/2021, igualmente la LO 8/2015 de Modificación del Sistema de Protección a La Infancia y a La Adolescencia, introdujo la modificación del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello da cuenta que no es una cuestión reciente, sino que de larga data la importancia de implementar mecanismos de escucha en los procedimientos que afectan directamente a los NNA.

Este derecho no se ve reflejado en forma efectiva en las resoluciones judiciales, en que su implementación continúa siendo residual, debiendo constituir un punto de relevancia de mencionar al momento de tomar decisiones judiciales, constituyendo no solo una pérdida de perspectiva infantil, sino que debilita la legitimidad de las decisiones adoptadas en su nombre. Observándose una preocupante tendencia a priorizar la

valoración de las conductas parentales y del nivel de conflictividad, sobre la voluntad, testimonio o estado emocional del NNA.

Otorgar un espacio concreto en las resoluciones judiciales para la expresión de la voluntad de los NNA permitiría incorporar su punto de vista como parte central de la decisión judicial, especialmente por ser materias que afectan aspectos sustanciales de su vida. De este modo, se fortalecería el principio de interés superior del niño, particularmente en aquellas resoluciones judiciales que deben ser debidamente fundamentadas, en que la omisión de su opinión o la mera referenciación a la misma, socaban el valor de su derecho a ser oído.

El avance hacia una justicia verdaderamente inclusiva en materia de infancia en contextos de violencia de género y violencia doméstica exige también una representación técnica adecuada de sus intereses en juicio, así como la institucionalización de mecanismos especializados para recoger y valorar su voz de forma segura, respetuosa y vinculante. El reconocimiento del derecho a ser oído no debe entenderse como un simple formalismo procesal, sino como una manifestación sustantiva de su autonomía progresiva y de su dignidad como persona. Que, en contextos internacionales a nivel comparado, particularmente en Chile, se ha implementado la figura del Curador Ad Litem, en que el NNA es representado por un abogado especializado, que busca defender sus intereses en los procesos judiciales con independencia de los intereses alegados por los padres.

Asimismo, el examen de los fallos que si bien variados en materias a tratar y enfocándome principalmente en las Audiencias Provinciales, revela que, pese a las reformas introducidas para reforzar la tutela frente a la violencia de género y en específico de la violencia vicaria, persisten las resistencias interpretativas, traduciéndose en posturas que tensionan los avances legislativos, bajo el argumento de que vulnerarían principios como el de proporcionalidad. Tal como muestran las interpretaciones a los artículos 92.7 y 94 del Código Civil, que han sido objeto de debate doctrinal y pronunciamientos jurisprudenciales, que evidencian la fricción entre la protección de las víctimas de violencia de género y la garantía de los derechos parentales de los padres investigados o condenados. Dando lugar a impugnaciones de inconstitucionalidad, que ya han sido resultas por el Tribunal Constitucional. En esta línea, la jurisprudencia apunta a consolidar un modelo que privilegia la protección efectiva de los NNA frente a riesgo de exposición a nuevas situaciones de violencia, incluso cuando los hechos aún se encuentran bajo investigación, siempre que exista una motivación judicial suficiente y razonada.

Igualmente resulta imprescindible profundizar en la formación obligatoria de todos los operadores jurídicos en materia de violencia de género y en particular sobre violencia vicaria. Las sentencias analizadas muestran como persisten estereotipos de género en la motivación judicial, lo cual constituye una revictimización que contraviene el estándar reforzado de motivación exigido en dichos contextos. Constatándose además una cierta resistencia interpretativa frente a la reforma del artículo 94 del Código Civil. Sin embargo, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, dicho artículo no exige acreditar un hecho negativo, si no que habilita al juez a adoptar medidas razonables de protección del NNA, fundadas en indicios de riesgo suficiente, sin necesidad de esperar una sentencia penal condenatoria.

Por último, se reafirma la necesidad de que la ejecución de las medidas judiciales incorpore mecanismos adaptados a los tiempos y procesos emocionales de los NNA. La imposición de cambios abruptos, sin una transición progresiva o acompañamiento especializado, puedan acarrear consecuencias adaptativas en el NNA. De ahí que, incluso al reestablecer derechos de los padres tras un proceso judicial, estas decisiones deban estar condicionadas a la tolerancia del NNA.

El análisis comparado de sentencias evidencia un sistema jurídico que avanza hacia una mayor protección de los NNA en contextos de violencia de género, pero que aún enfrenta desafíos importantes en su aplicación práctica. Entre ellos, destacan: la incorporación efectiva del derecho a ser escuchado; la superación de estereotipos de género; la formación especializada de los operadores jurídicos y la coordinación institucional. Solo a través de un enfoque integral, será posible garantizar una justicia centrada en el bienestar de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia.

LIBRO III: UNA MIRADA INTERNACIONAL DESDE EL DERECHO COMPARADO

TITULO I: UNA MIRADA A LAS MEDIDAS CIVILES DE PROTECCION A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN CHILE

1.1 Reconocimiento de la violencia de género y la violencia vicaria

La violencia de género en Chile cuenta con una regulación reciente a partir del año 2024, con la Ley N°21.675 que estatuye Medidas Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia en Contra de Las Mujeres, en Razón de su Género. Dicha norma define la violencia de género, como:

> Cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello. También será considerada violencia de género aquella ejercida contra niñas, niños y adolescentes, con el objeto de dañar a sus madres o cuidadoras. En estos casos, las personas menores de 18 años de edad serán derivadas al órgano competente conforme a lo dispuesto en la ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. La omisión en la observancia de los deberes que por esta ley corresponden a los órganos del Estado y sus agentes, habilita para interponer las acciones administrativas y judiciales, según correspondan, ante el órgano respectivo, con el fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de los recursos y procedimientos contemplados en las leyes (art. 5).

El artículo cinco de dicha ley establece un reconocimiento normativo expreso de la violencia de género. A partir de su análisis, se desprende que esta puede ocurrir tanto en el ámbito público como en el privado, incluyendo actos u omisiones, que generan un daño a la mujer en razón de su género. Por su parte, el articulo 2 de la Ley N°21.675, establece que el concepto de mujer comprende también a las niñas y adolescentes, reconociendo así que la violencia de género puede afectar a mujeres de cualquier edad.

En cuanto al sujeto activo de esta forma de violencia, la ley no restringe su identificación a un vínculo de afectividad o de pareja. A contrario sensu, debe entenderse que cualquier persona puede constituirse sujeto activo de violencia de género, al incurrir en una conducta, por acción u omisión, que cause un daño a la mujer solo por razón de género. Esta amplitud también queda de manifiesto al establecer la responsabilidad de los

órganos del Estado y sus agentes, en caso de incumplimiento de los deberes establecidos en la norma, habilitándose acciones tanto judiciales como administrativas, para la aplicación de sanciones.

El abordaje legislativo adoptado resulta adecuado, en tanto reconoce a la violencia de género como un fenómeno estructural y transversal, cuya erradicación requiere una intervención normativa en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico, tales como el derecho laboral, civil, penal, familia, el tratamiento de los medios de comunicación, entre otros.

En relación con el inciso segundo del articulo cinco de la ley, referido a las manifestaciones de la violencia de género, el legislador chileno ha reconocido expresamente la existencia de la denominada violencia vicaria, aunque de forma restringida, limitándola a los NNA, como ya habíamos mencionado en el Libro I. No obstante, no se contempla en la normativa una referencia a la violencia vicaria, que, conforme a la experiencia internacional, puede ejercerse sobre familiares y mascotas, tal como sí lo ha hecho el ordenamiento jurídico español, que ha ampliado el espectro de sujetos protegidos en estos contextos.

Asimismo, el inciso mencionado establece que los NNA víctimas de violencia vicaria, deberán ser derivados a los órganos competentes de acuerdo con la Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Esta remisión normativa revela una diferencia sustantiva con el sistema español. Mientras en España la protección de los NNA en contexto de violencia de género se canaliza, principalmente, a través del sistema judicial, en Chile su conocimiento y abordaje inicial se radicará en órganos de carácter administrativo, quienes tiene a su cargo la evaluación de la situación de vulneración y adopción de medidas tendientes a la restitución de los derechos vulnerados.

La intervención judicial, en este contexto, se configura de manera subsidiaria y solo procede en aquellos casos en que la gravedad del daño así lo requiera, o bien, cuando existan incumplimientos por parte de los padres de los compromisos u objetivos acordados para restituir los derechos vulnerados por violencia de género y violencia intrafamiliar. De este modo, en los casos de violencia vicaria sufrida por NNA en Chile, la ley remite al estatuto jurídico especial de protección de la infancia y adolescencia, activando un procedimiento especial de aplicación de medida de protección, centrado exclusivamente en los NNA. En dicho procedimiento se regula todo lo relativo a los hijos e hijas, garantizando su representación jurídica por un abogado/a especializado que actúa

con independencia de los intereses de los padres o cuidadores, velando por la defensa de los derechos de los niños o adolescentes, denominado Curador Ad Litem. Este proceso se desarrollará en paralelo al procedimiento de violencia de género y violencia intrafamiliar.

La decisión del legislador chileno de remitir a un procedimiento especializado para abordar las vulneraciones sufridas por los NNA víctimas de violencia, resulta adecuado, en la medida que permite activar mecanismos institucionales de acompañamiento psicosocial y jurídico con formación específica, brindando así una respuesta diferenciada y centrada en la protección reforzada de los NNA. Este enfoque evita que sus necesidades queden subordinadas a los procesos judiciales en curso respecto de sus padres, garantizando un tratamiento integral de su situación y el ejercicio de sus derechos.

1.2 Manifestaciones de la violencia de género

La violencia de género puede manifestarse de múltiples formas. Tal como se ha señalado, la violencia vicaria ha sido contemplada por la norma, aunque no reconocida expresamente bajo dicha denominación, si es descrita en sus efectos y finalidad. Es el artículo sexto, de la Ley N°21.675, el que se encarga de abordar de manera expresa las diferentes manifestaciones que puede asumir la violencia de género, disponiendo lo siguiente:

> 1. La Violencia física, toda acción u omisión que vulnere perturbe o amenace la integridad física, el derecho a la vida o la libertad personal de la mujer.
>
> 2. Violencia psicológica: toda acción u omisión, cualquiera sea el medio empleado, que vulnere, perturbe o amenace la integridad psíquica, tales como tratos humillantes, vejatorios o degradantes, control o vigilancia de conductas, intimidación, coacción, sumisión, aislamiento, explotación o limitación de la libertad de acción, opinión o pensamiento.
>
> 3. Violencia sexual: toda conducta que vulnere, perturbe o amenace la libertad, integridad y autonomía sexual y reproductiva de la mujer; y su indemnidad en el caso de las niñas.
>
> 4. Violencia económica: toda acción u omisión, ejercida en el contexto de relaciones afectivas o familiares, que vulnere o pretenda vulnerar la autonomía económica de la mujer o su patrimonio, con el afán de ejercer un control sobre ella o sobre sus recursos económicos o patrimoniales, o en el de sus hijos o hijas

o en el de las personas que se encuentren bajo su cuidado, en los casos que corresponda.

5. Violencia simbólica: toda comunicación o difusión de mensajes, textos, sonidos o imágenes en cualquier medio de comunicación o plataforma, cuyo objeto sea naturalizar estereotipos que afecten su dignidad, justificar o naturalizar relaciones de subordinación, desigualdad o discriminación contra la mujer que le produzcan afectación o menoscabo. En ningún caso este concepto autorizará para ejecutar acciones que supongan impedir o restringir la producción y creación literaria, artística, científica y técnica o su difusión, o menoscabar la libertad de expresión.

6. Violencia institucional: toda acción u omisión realizada por personas en el ejercicio de una función pública en una institución privada, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que la mujer ejerza los derechos previstos en la Constitución Política de la República, en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en la legislación. Para el caso de los órganos de la Administración del Estado y sus agentes, solo se considerarán las acciones u omisiones antes señaladas cuando el respectivo órgano no haya actuado en el marco de sus competencias y, como consecuencia de ello, ocasione un daño por falta de servicio.

7. Violencia política: toda conducta de hostigamiento, persecución, amenazas o agresión realizada de forma directa o a través de terceros que, basada en su género, le cause daño o sufrimiento a la mujer, y que tenga por objeto o fin menoscabar, obstaculizar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos y de participación.

8. Violencia en el trabajo: toda acción u omisión, cualquiera sea la forma en la que se manifieste, que vulnere, perturbe o amenace el derecho de las mujeres a desempeñarse en el trabajo, libres de violencia, provenga del empleador o de otros trabajadores. Comprende a todas las trabajadoras formales o informales, que presten servicios en la empresa en forma directa o bajo el régimen de subcontratación o servicios transitorios, practicantes o aprendices, así como aquellas trabajadoras que ejercen autoridad o jefatura en representación del empleador.

9. Violencia gineco-obstétrica: todo maltrato o agresión psicológica, física o sexual, negación injustificada o abuso que suceda en el marco de la atención de la

salud sexual y reproductiva de la mujer, especialmente durante la atención de la gestación, preparto, parto, puerperio, aborto o urgencia ginecológica (2024, art. 6).

Si bien el artículo sexto resulta extenso, es valorable que la norma estableciera definiciones detalladas de las distintas formas de manifestación de la violencia de género, clasificándola según el ámbito en que se manifiesten, lo cual permite desarrollar mecanismos de protección específicos y adecuados a cada contexto. Esta enumeración, no implica que se trate de una enumeración taxativa o que no existan otras formas de manifestación de la violencia de género. Por el contrario, la norma ha adoptado por establecer aquellas manifestaciones que, por su incidencia estructural y transversal, requieren de una definición expresa, como una manera de visibilizar su existencia y facilitar su persecución y sanción

1.3 Violencia de género y Violencia Intrafamiliar

La violencia de género, como se he señalado, se encuentra regula en la Ley N°21.675, mientras que la violencia Intrafamiliar se rige por la Ley N°20.066. Al contar con cuerpos normativos diferenciados, resulta fundamental diferenciar ambas figuras, especialmente considerando que a lo largo del articulado de la Ley N°21.675, se establece la aplicación supletoria de las normas que regulan la violencia intrafamiliar.

La Ley N°20.066, dispone que:

> Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica, la libertad o indemnidad sexual, o la subsistencia o autonomía económica, en contra de una persona que tenga o haya tenido, respecto de quien ejerce la violencia, alguna de las siguientes calidades: 1. Cónyuge o conviviente civil. 2. Conviviente. 3. Pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia. 4. Padre o madre de un hijo o hija en común. 5. Pariente por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive de quien agrede. También será constitutiva de violencia intrafamiliar la conducta referida en el inciso precedente cuando sea ejercida en contra de o por quien tiene una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive de quien es o haya sido cónyuge, conviviente civil o de hecho, o tenga con ella un hijo o hija en común. Asimismo, será constitutiva de violencia intrafamiliar la conducta referida en el inciso primero cuando ésta se realice en contra de un niño,

niña, adolescente, persona adulta mayor o persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N°20.442, que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar (art 5).

De esta definición se desprende que una de las principales diferencias entre ambas figuras radica en la naturaleza del vínculo entre el agresor y la víctima. La violencia intrafamiliar requiere que el sujeto activo mantenga o haya mantenido un vínculo por afinidad o consanguinidad con la víctima, enmarcándose en el ámbito privado de las relaciones de familia. En cambio, en la violencia de género tiene por objeto la protección de las mujeres y de sus hijos e hijas, que son agredidas en razón de su género, siendo una violencia basada en la desigualdad estructural entre ambos géneros.

No obstante, estas diferencias sustantivas entre ambas figuras, la norma mantiene el sistema mixto de competencias originalmente establecido para los casos de violencia intrafamiliar, aplicándolo a los supuestos de violencia de género. La competencia de los tribunales se determinará conforme a la naturaleza de los hechos denunciados. Así, serán competentes los Tribunales de Familia, Tribunal de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, según corresponda. En este sentido se dispone que las denuncias:

> "Que sean constitutivas de delito serán conocidas por tribunales con competencia en lo penal. Por su parte, aquellas que no sean constitutivas de delitos, serán conocidas por los tribunales u órganos competentes según la materia de que se trate" (Ley N°21.675, 2024, art. 29).

Surge entonces una cuestión fundamental: ¿debe el tribunal de familia distinguir entre violencia intrafamiliar y violencia de género al momento de calificar los hechos? La respuesta es afirmativa. Al tratarse de figuras jurídicas diferenciadas, es indispensable que el tribunal identifique con claridad el tipo de violencia presente en el caso concreto. Ello, contribuye a la visibilización y diferenciación de la violencia de género, propicia la aplicación e implementación de la perspectiva de género en el análisis judicial y previene la reproducción de estereotipos de sesgos que puedan afectar la tutela efectiva de derechos.

Ahora bien, ¿qué ocurre con la acción u omisión que se configura como violencia intrafamiliar que además constituya violencia de género? Ello nos conduce a la interrogante relevante: ¿nos encontramos ante una doble infracción o frente a una única figura jurídica? En estos casos, si del análisis se desprende que las conductas del agresor presentan patrones de dominación, control o motivados por razones de género, estaremos ante un supuesto de violencia de género, aun cuando concurran simultáneamente

encuadrar los hechos como violencia intrafamiliar, debido a la especialización de la Ley N°21.675, a pesar de haber previsto la norma una respuesta sancionatoria equivalente para ambas figuras jurídicas. Sin embargo, la calificación jurídica diferenciada resulta fundamental desde el punto de vista procesal y estadístico, en la medida que permite activar herramientas específicas de protección, intervención institucional y medidas cautelares.

Por consiguiente, la distinción entre ambas figuras no es una cuestión meramente formal, sino que incide directamente en la eficacia del sistema judicial para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres y sus hijos expuestos a esta forma de violencia. Una adecuada identificación del fenómeno y su correcta conceptualización jurídica son condiciones necesarias para avanzar hacia un mejor acceso a un sistema de justicia más especializado y coherente con los estándares internacionales en la materia.

1.4 Medidas cautelares de protección en denuncias por violencia de género

Para comenzar con el análisis de las medidas cautelares, resulta indispensable referirse al sistema mixto de competencia existente en Chile para conocer de las denuncias por violencia de género y violencia intrafamiliar, en el que coexisten los tribunales de familia y los tribunales con competencia en lo penal. Este sistema de distribución de competencia presenta una dificultad que, en la práctica, puede resultar difusa o ambigua, ya que la determinación del tribunal competente dependerá si los hechos denunciados constituyen o no una acción u omisión tipificada en la legislación penal. En aquellos casos en que los hechos no constituyan un delito, serán competente los tribunales de familia.

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley N°19.968 que crea Los Tribunales de Familia, reconoce la potestad cautelar de dichos órganos jurisdiccionales, disponiendo que:

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar" (art. 22).

De la norma se desprende que, verificado los requisitos exigidos por la ley, el tribunal de familia se encuentra obligado a adoptar medidas oportunas y eficaces, en atención al rol de garante de derecho, especialmente tratándose de NNA. No obstante, en la realidad se ha evidenciado que:

> "Las mujeres que acceden a los Tribunales de Familia, si bien pueden obtener fácilmente medidas cautelares, decretadas en la fase inicial del proceso, no siempre logran la solución del problema que genera la denuncia o demanda, ya que es frecuente que el término de las causas se produzca por rechazo de la denuncia o por un acuerdo informal entre las partes" (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema de Chile, 2020, p. 76).

Los tribunales con competencia en lo penal, a partir de las recientes modificaciones introducidas por la Ley N°21.675 han asumido rol reforzado de garante con la exigencia de aplicación de la perspectiva de género, frente a este tipo de violencia, en particular ante la presencia de NNA. La ley ha ampliado el abanico de medidas cautelares que estos tribunales pueden decretar, otorgándole facultades que tradicionalmente han sido propias de los jueces de familia.

La finalidad esencial de estas medidas cautelares es dotar de mayor eficacia al sistema de protección de víctimas, obtenido el cesé de la violencia. No obstante, su implementación va a enfrentar ciertas dificultades prácticas, dada la especialización de los tribunales en materia penal, que históricamente han limitado y excluido el conocimiento de materias de carácter civil o de familia. Sin embargo, la ley les impone a los tribunales, la obligación de pronunciarse y adoptar medidas orientadas a la protección de los NNA.

En este contexto, para la protección efectiva de las víctimas de violencia de género, la ley ha previsto medidas cautelares especiales frente a situaciones de riesgo inminente, dirigidas principalmente hacia la mujer. No obstante, estas medidas incorporan también disposiciones específicas orientadas a los NNA, reconociendo con ello su condición de víctimas directa y no meramente colateral, de la violencia de género. Esta reconfiguración de su estatuto jurídico de protección implica el fortalecimiento de su posición dentro del proceso, exigiendo a los tribunales una intervención más robusta, coordinada y sensible de las necesidades particulares de los NNA víctimas de violencia de género en consonancia con el fortalecimiento del principio de interés superior del niño en sede penal.

La norma contempla un catálogo de doce medidas cautelares, orientadas en cesar y prevenir situaciones de riesgo en contextos de violencia de género. A efecto del presente análisis, resulta pertinente destacar aquellas que guardan mayor relación, con la seguridad del entorno familiar en que se encuentran NNA. Entre las más relevantes, se encuentran las siguientes:

> 1. Obligar a quien agrede a abandonar el hogar que comparte con la víctima (…) 2. Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que haya huido u optado por no regresar al hogar común, producto de los hechos que denuncia (…) 3. Prohibir a quien ejerce violencia acercarse a la víctima y prohibir o restringir su presencia en el hogar común, en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concurra o visite habitualmente (…) 4. Prohibir o restringir todo tipo de comunicaciones de quien ejerce violencia respecto de la víctima (…) 5. Fijar alimentos provisorios, siempre que concurran los requisitos legales para su procedencia (…) 6. Regular un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, en caso que no esté judicialmente regulado y así se requiera en virtud de los antecedentes que fundan la solicitud de la medida cautelar, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos o hijas; siempre que ello favorezca la satisfacción de su interés superior y su condición de víctimas directas de la violencia ejercida contra su madre o cuidadora. Los niños, niñas y adolescentes, podrán ser oídos en audiencia reservada si así lo solicitan. Si el tribunal decreta alguna de las medidas dispuestas en los numerales 1, 3 y 4 en contra de quien no ejerce el cuidado personal de los niños, niñas y Adolescentes, se decretará también la suspensión de la relación directa y regular si ya se encuentra establecida, conforme lo dispuesto en el párrafo precedente y en el inciso final del artículo 229 del Código Civil, salvo que existan antecedentes fundados para que dicha suspensión no concurra, caso en el cual se deberá resolver su procedencia en audiencia especial al efecto (…)10. Decretar la reserva de la identidad de la denunciante, de sus hijos o hijas o de las personas que se encuentren bajo su cuidado, en caso de que proceda, y de los testigos (…)12. Si la víctima es menor de 18 años, el tribunal con competencia en materias de familia, además de las medidas mencionadas en este artículo, podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71 de la ley N°19.968,

si se verifican todos los requisitos y condiciones previstos en dicha norma. Si quien conoce de la causa es un juzgado de garantía, pondrá los antecedentes en conocimiento del tribunal de familia competente para los mismos efectos (art. 34).

En relación con las medidas cautelares de carácter civil aplicable a los NNA, se contempla la posibilidad de establecer restricciones al vinculo paternofilial, las cuales presentan ciertos puntos de convergencia con las disposiciones ya analizadas en el ordenamiento jurídico español.

a) Alimentos

En lo relativo a la materia del pago de alimentos, la medida cautelar número cinco del articulo 34 de la Ley N°21.675, contempla expresamente la posibilidad de regular los alimentos provisorios de forma inmediata, siempre que se verifiquen los requisitos legales correspondiente para su procedencia. De este modo, en los casos en que no exista regulación previa sobre alimentos, el tribunal fijará un monto a pagar a título de alimentos provisorios a favor de los hijos e hijas. En cambio, si estos ya se encontrasen regulados, el tribunal se remitirá a lo dispuesto o en la causa contenciosa o de cumplimiento de alimentos.

Cabe señalar que esta es la única medida cautelar de carácter económico expresamente contemplada en la Ley N°21.675. No obstante, considerando que la norma establece expresamente la aplicación supletoria de la Ley N°20.066, sobre violencia intrafamiliar, es pertinente incorporar los artículos 11 bis y 14 bis de esta última, que abordan la violencia económica.

b) Cuidado Personal

Comenzaremos el análisis con la medida cautelar especial establecida en la Ley N°21.675, que establece la obligación de:

> Regular un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, en caso que no esté judicialmente regulado y así se requiera en virtud de los antecedentes que fundan la solicitud de la medida cautelar, establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos o hijas; siempre que ello favorezca la satisfacción de su interés superior y su condición de víctimas directas de la violencia ejercida contra su madre o cuidadora. Los niños, niñas y adolescentes, podrán ser oídos en audiencia reservada si así lo solicitan (2024, art. 34, numeral 6).

Si bien la norma se refiere al cuidado personal, su alcance resulta restrictivo al establecer únicamente la posibilidad de dictar un régimen provisorio en aquellos casos en que dicha materia no se encuentre previamente regulada judicialmente. A contrario sensu, se desprende que el juez no cuenta con competencia para pronunciarse respecto de un régimen de cuidado personal ya establecido.

Esta restricción podría resultar contraproducente, en el sentido, que frente a la ocurrencia de un hecho de violencia de género y encontrándose ya regulado el cuidado personal de los hijos e hijas, impediría al tribunal modificar lo establecido con anterioridad, aun habiéndose presentado antecedentes vinculados a situaciones de violencia de género, que pueden modificar la realidad familiar. Lo anterior, dado que la norma no establece la posibilidad de revisar o suspender un régimen previamente fijado.

Las dificultades prácticas de esta limitación se evidencian al momento de decretarse otras medidas cautelares, en particular la de prohibición de acercamiento y de comunicación. En tal supuesto, con una elevada conflictividad entre los padres, dificultaría el desarrollo de adecuado régimen de cuidado personal compartido, generando un contexto muchas veces adverso para los NNA, e incluso exponiéndolo a situaciones de revictimización. Por tanto, la rigidez de la medida cautelar podría afectar directamente el interés superior del niño, al limitar la posibilidad del tribunal de adoptar medidas atingentes y eficaces frente a nuevas circunstancias relevantes.

Tampoco se observa en la Ley N°21.675, una regulación específica que permita restringir al establecimiento o ejercicio del cuidado personal compartido en contexto de denuncia por violencia de género. La única referencia expresa en esta materia se encuentra supletoriamente en el artículo 11bis de la Ley N°20.066, que obliga al juez a considerar las condenas ya registradas. Dicha disposición es aplicable solo en el caso que los hechos se encuentren radicados por competencia en los tribunales de familia, excluyéndose así a los tribunales de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal. Esta omisión normativa puede generar una problemática práctica relevante, ya que si el cuidado personal ha sido previamente regulado para ejercerse de forma compartida, y con posterioridad surgen hechos denunciados por violencia de género, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley N°21.675, no se facultaría al tribunal para restringir el régimen de cuidado personal compartido, mediante esta medida cautelar especial frente a situaciones de riesgo inminente de padecer violencia de género.

Frente a esta situación, que no puede quedar sin una respuesta jurídica eficaz, cabe recurrir a la aplicación supletoria la Ley de Violencia Intrafamiliar. En virtud de dicha

norma, el juez podría restringir el régimen de cuidado personal compartido, ejerciendo la facultad otorgada por el articulo 15 de la ley, que permite decretar las medidas contempladas en el artículo 92 de la Ley N°19.968, que regula las medidas cautelares en protección de la víctima. Dicho artículo habilita al tribunal, incluso con competencia en lo penal, a establecer un régimen provisorio de cuidado personal, de forma tal que permita resguardad la integridad física y psíquica de los NNA.

La existencia de antecedentes por violencia de género y de violencia intrafamiliar constituye, sin duda, un elemento de riesgo que entorpece o imposibilita la adecuada coordinación entre los progenitores en un régimen de cuidado personal compartido. Esta dificultad se ve agudizada con la existencia de medidas cautelares vigentes de prohibición de acercamiento y de comunicación, ya que estas entran en colisión directa con la ejecución de un régimen de cuidado compartido. En consecuencia, debió el legislador contemplar expresamente la posibilidad de suspender el ejercicio del régimen de cuidado personal compartido, en atención a los serios obstáculos que su cumplimiento genera al encontrarse vigentes las medias cautelares. Siendo directamente afectada la toma de decisiones sobre cuestiones fundamentales relativas a la crianza, educación y residencia de los hijos e hijas, generando un escenario de confusión para los padres que se enfrentan a resoluciones potencialmente contradictorias. Esta disonancia practica puede derivar en una revictimización institucional, pues mientras en un proceso judicial se decreta una medida cautelar que ordena la prohibición de acercamiento y/o de comunicación entre los padres, en otro proceso judicial se mantiene la resolución que ordena la coordinación y contacto derivado de un régimen de cuidado personal compartido aún vigente.

De igual forma, en la práctica judicial se presenta con frecuencia una situación aún más compleja: en que citados los padres al tribunal por otro proceso judicial, como podría ser un procedimiento de aplicación de medida de protección o un proceso contencioso que regule materia de alimento o régimen de relación directa y regular, se ven obligados a concurrir al mismo espacio físico, infringiendo así la medida cautelar de prohibición de acercamiento y/o de comunicación. Esta circunstancia no solo implica una grave falta de coordinación institucional, que expone a las partes a una nueva situación de riesgo, ello revela una deficiencia estructural en la articulación jurisdiccional, que genera incertidumbre y falta de compresión en los usuarios que acceden a la justicia, particularmente en contextos de violencia de género y violencia intrafamiliar, en los que existen procesos judiciales paralelos. Dicha falta de sincronía impide una respuesta integral y eficaz, afectando directamente la percepción de acceso a la justicia y

debilitando la confianza de las victima en el sistema. Falencia que el estudio de Acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, usuarias del Poder Judicial, del año 2020, ya refería.

Este escenario nos obliga a analizar con mayor detenimiento las normas supletorias contenidas en la Ley N°20.066, a fin de determinar si, mediante su aplicación, es posible subsanar las contradicciones practicas previamente identificadas y así garantizar una coherencia sistémica, que permita una protección efectiva de las víctimas.

En esta línea, el inciso segundo del articulo 11 bis dispone que:

> En la determinación de la persona a quien se confiará el régimen de cuidado personal de un niño, niña o adolescente, tomará en especial consideración el hecho de existir una o más condenas por actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito, de conformidad con el artículo 5; por el delito de maltrato habitual, tipificado en el artículo 14, o por el delito de no pago reiterado de pensión de alimentos, tipificado en el artículo 14 bis; y por los delitos contenidos en el párrafo 11 del Título VI; en los párrafos 5, 6, 6 bis y 9 del Título VII; y en los párrafos 1 bis, 3 y 3 bis del Título VIII, todos del Libro II del Código Penal (Ley N°20.066, 2005).

Asimismo, el inciso quinto del mismo artículo refuerza esta orientación al señalar que:

> En el marco de la causa contenciosa iniciada al efecto, el tribunal tomará en especial consideración el hecho de que quien la demande haya sido condenado por actos de violencia intrafamiliar que no constituyen delito, de conformidad con el artículo 5; y por los delitos mencionados en el inciso segundo de este artículo (art. 11 bis).

A partir del tenor literal del artículo, se aprecia que el criterio vinculante para el juez es la determinación del cuidado personal es la existencia de condenas previas por violencia intrafamiliar o de ciertos delitos expresamente señalados por la ley. Sin embargo, se evidencia una omisión significativa al no contemplarse los supuestos en que existen denuncias vigentes o procesos penales en tramitación, lo que se torna especialmente relevante en contextos de violencia de género y violencia vicaria. Dicha exclusión impide que el juez, ante hechos graves aun no sancionados judicialmente, pueda ponderar adecuadamente el riesgo que supone mantener un régimen de cuidado personal compartido, dificultando así una respuesta preventiva y oportuna en resguardo los NNA.

No obstante lo anterior, el legislador ha previsto una excepción en la norma, disponiendo que:

> Si el tribunal otorga el cuidado provisorio o definitivo a una persona con los antecedentes precedentes, deberá fundar la resolución judicial en razones muy calificadas que la hagan procedente, las que deberán ser fundamentadas en la respectiva sentencia. Para determinar dicho régimen el tribunal deberá escuchar y tener en consideración la opinión del niño, niña o adolescente, atender a su edad y madurez y al principio de autonomía progresiva, y velar por la protección de su seguridad e interés superior, de conformidad con lo dispuesto en la ley N°21.430" (Ley N°20.066, 2005, art 11 bis).

Se trata de una situación de carácter excepcional, en que la norma se encuentra orientada a NNA que viven en contextos de alta vulnerabilidad, con redes de apoyo familiar débiles o inexistentes, en que los padres o adultos significativos son rehabilitados para ejercer el cuidado personal. En tales casos, lo que se busca en mantener el vínculo familiar, recodando que la desvinculación del NNA respecto de sus padres o figuras significativas debe operar como una última ratio, solo cuando se constate que dicho vinculo pone en riesgo su integridad y desarrollo.

c) Régimen de Relación Directa y Regular

Entre las medidas cautelares previstas en casos de riesgo inminente de violencia de género, el numeral 6, del artículo 34, de la norma en análisis, dispone que se deberá:

> Establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos o hijas; siempre que ello favorezca la satisfacción de su interés superior y su condición de víctimas directas de la violencia ejercida contra su madre o cuidadora. Los niños, niñas y adolescentes, podrán ser oídos en audiencia reservada si así lo solicitan. Si el tribunal decreta alguna de las medidas dispuestas en los numerales 1, 3 y 4 en contra de quien no ejerce el cuidado personal de los niños, niñas y Adolescentes, se decretará también la suspensión de la relación directa y regular si ya se encuentra establecida, conforme lo dispuesto en el párrafo precedente y en el inciso final del artículo 229 del Código Civil, salvo que existan antecedentes fundados para que dicha suspensión no concurra, caso en el cual se deberá resolver su procedencia en audiencia especial al efecto (Ley 21.675, 2024, art. 34).

El régimen de relación directa y regular se determinará en la medida que resulte favorable para el NNA. Si bien dicha regulación se contempla como una facultad del juez y no como una imposición obligatoria, habría sido deseable que el precepto estableciera la imperatividad del pronunciamiento judicial en toda causa que se vean afectados NNA, a fin de garantizar certeza y coherencia en decisión cautelar.

Se valora positívame que la ley contemple la suspensión del régimen de relación directa y regular al decretarse alguna de las siguientes medidas cautelares: abandono del hogar, prohibición de acercamiento y prohibición de comunicarse, dada la evidente afectación y dificultad practica que ello genera, especialmente al existir hijos e hijas en común. En la práctica, suele recaer sobre la victima la carga de gestionar las condiciones materiales y logísticas del cumplimiento del régimen de relación directa y regular, lo cual puede significar una revictimización institucional, agravada por la ausencia de medidas de protección integrales.

En este sentido, resulta adecuado que el tribunal disponga que las visitas se efectúen bajo la supervisión de un cogarante, generalmente un familiar cercano o de confianza de la víctima, que se encarga hacer efectivo el traslado de los hijos e hijas al hogar paterno y de su regreso al hogar materno, con el objeto de mitigar los efectos adversos para la víctima y los NNA. No obstante, este modelo de supervisión familiar carece de las garantías técnicas que ofrece una supervisión especializada.

Cabe recordar que al tomar conocimiento el tribunal de familia de una causa de violencia intrafamiliar que involucra a NNA, ordenara a La Oficina Local de La Niñez correspondiente a fin de que indague respecto a posibles vulneraciones de derechos al ser víctimas de violencia de género y violencia intrafamiliar, a fin de realizar un plan de intervención que restituya los derechos vulnerados. Sin embargo, no todos los casos derivan en el ingreso a programas especializados del Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia. Por ende, no existe garantía universal de que el proceso de revinculación o el desarrollo del régimen de relación directa y regular entre el denunciado y sus hijo e hijas, se realice con intervención profesional especializada. Esta falencia representa una debilidad estructural en el modelo de protección actualmente vigente.

Esta situación representa uno de los puntos débiles en la práctica, ya que, ante la imposibilidad de contar con un espacio adecuado o con una persona idónea para ejercer como supervisor, dificulta asegurar el desarrollo regular de las visitas supervisadas en Chile. Esta precariedad puede derivar en un incremento de los niveles de conflictividad

entre los padres, exponiendo tanto a la madre como a los hijos e hijas a situaciones de riesgo, con la consecuente inestabilidad emocional que ello puede generar en los NNA.

En relación con esta materia, la Ley N°21.675, introdujo una reforma en el inciso cuarto del articulo 11 de la Ley N°20.066, incorporando una importante restricción en cuanto al procedimiento aplicable para solicitar un régimen de relación directa y regular. El articulo señala, que:

> Quien denuncia por hechos constitutivos de violencia sea quien ejerce el cuidado personal del o los hijos o hijas comunes y la persona denunciada sea el otro padre o madre y haya sido objeto de la medida cautelar de prohibición de acercamiento respecto de la primera, la fijación de un régimen comunicacional con el progenitor denunciado por estos hechos solo podrá regularse por medio del ejercicio de una acción contenciosa, sin que sea posible su regulación por la vía proteccional (Ley 20.066, 2005, art. 11).

Esta modificación viene a regular una práctica extendida, en la cual, de manera equivoca, se recurría a la vía proteccional, destinada a la restitución de derechos vulnerados de los NNA, para obtener una regulación del régimen de relación directa y regular, evitándose así, tramitar dicha solicitud a través de una acción contenciosa, conforme a las normas de la ley que regular los tribunales de familia.

La intención del legislador con dicha disposición ha sido restringir el uso indebido de la vía proteccional, evitando que esta se utilice como sustituto del proceso contencioso, especialmente en causas donde debe garantizarse una adecuada defensa técnica y una evaluación judicial rigurosa del contexto familiar. Esta precisión resulta relevante en casos donde existe una medida cautelar de prohibición de acercamiento vigente, y se busca, aun así, establecer un régimen de relación directa y regular.

d) Patria Potestad

Conforme a lo expuesto previamente, en lo referente a la patria potestad, se advierte una omisión normativa relevante en la Ley N°21.675, ya que no hace mención alguna a dicha materia, a diferencia de lo que ocurre en la Ley N°20.066, la cual, si bien de manera somera, regula la materia, ordenando que:

> El tribunal de familia que deba resolver cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, especialmente aquellas comprendidas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 8 de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, otorgará la debida consideración al hecho de existir antecedentes de violencia

> intrafamiliar entre las partes involucradas o entre una de las partes involucradas y cualquiera de las personas señaladas en el artículo 5 (Ley N°20.066, 2004, art. 11 bis).

Señalando el numeral tres del articulo 8 de la Ley N°19.968 “las causas relativas al ejercicio, suspensión o perdida de la patria potestad” (art. 8).

Esta situación deja sin una regulación específica en el tratamiento de la patria potestad en contextos de violencia de género, quedando relegada a las disposiciones generales contenidas en la Ley N°19.968 y el Código Civil. En este sentido, conforme a la legislación chilena, la patria potestad, es definida como:

> El conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer (Código Civil, 2000, art. 243).

El articulo 245 del Código Civil, establece que el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o madre titular del cuidado personal de los hijos e hijas, salvo que se establezca una regulación especial entre las partes.

A diferencia del sistema español, donde el domicilio de los hijos e hijas se vincula con el ejercicio de la patria potestad y exige consentimiento de ambos padres para modificarlo, en el ordenamiento jurídico chileno, no se hace mención expresa a la decisión de determinación del domicilio de los hijos e hijas en común. A falta de mención expresa, es factible interpretar que esta facultad se encuentra incorporada dentro de la figura del cuidado personal. Así, quien ejerce el cuidado personal se encuentra facultado para fijar el domicilio del NNA, salvo que las partes regulen expresamente dicha materia.

En consecuencia, se vincula el domicilio del hijo o hija con el del padre o madre que ejerce el cuidado personal, presumiendo que el domicilio del NNA coincide con el de su cuidador. No obstante, puede ser modificado por acuerdo entre los padres o por decisión judicial. Esta diferencia conceptual con el modelo español, donde la movilidad geográfica de la víctima y los NNA, puede estar motivada por razones de seguridad y de protección, sin requerir autorización expresa del denunciado.

1.5 Normas supletorias aplicables

Si bien la Ley N°21.675, no regula expresamente la obligación del juez a pronunciarse a las materias que concierne a los hijos y/o hijas, si lo hacen las normas supletorias aplicables. En efecto, establece que:

> Los actos de violencia de género que no constituyan delito y que sean de competencia de los tribunales de familia, serán conocidos por éstos y se sujetarán a las disposiciones contenidas en los párrafos I y II de este Título. Supletoriamente, en aquello que esta ley no disponga, se sujetarán a las leyes N°20.066, que establece Ley de Violencia Intrafamiliar y N°19.968, que crea los Tribunales de Familia (art. 38).

Asimismo, regula la legislación aplicable en los casos de que:

> Los hechos de violencia de género [que] constituyan delito se sujetarán al procedimiento establecido en el Código Procesal Penal, a las disposiciones contenidas en los párrafos I y III de este Título y, supletoriamente en aquello que esta ley no disponga, a la ley N°20.066, que establece ley de Violencia Intrafamiliar (art. 42).

En este marco, resulta aplicable el inciso final del articulo 9 de la Ley N°20.066, la cual impone la obligación al juez de que:

> En la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes (art. 9).

Por tanto, este artículo, aplicado supletoriamente, obliga al juez a regular las materias señaladas, si las partes así lo han dispuesto. A contrario sensu, si tales materias no han sido alegadas ni discutidas por las partes, no existiría la obligación de resolverlas, lo cual genera dificultades prácticas, particularmente considerando que en los procedimientos por violencia intrafamiliar se permite la comparecencia personal de las partes sin una representación letrada especializada.

Cabe destacar, además, que el articulo 9 citado, se encuentra regulado en el Párrafo 2º, titulado De la Violencia Intrafamiliar de conocimiento de los Juzgados de Familia, por lo que conforme a las reglas de interpretación normativa, la obligación de pronunciarse sobre las materias relativas a los hijos e hijas, se aplicara al ser los hechos por violencia intrafamiliar, competencia de los tribunales de familia, excluyendo con ello, los tribunales de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal.

En cuanto al procedimiento aplicable, la Ley N°21.675, establece que,

> Si la denuncia por violencia de género se realiza en el tribunal de familia, éste deberá adoptar las medidas pertinentes en el más breve plazo para la protección de la víctima, sus hijos o hijas y las personas que se encuentren bajo su cuidado,

cuando así corresponda. Cuando se trate de hechos de violencia de género constitutiva de delito o violencia intrafamiliar, en caso de flagrancia, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile deberán proceder, en conformidad con lo prescrito en los artículos 83, 84 y 129 del Código Procesal Penal y en el artículo 83 de la ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia. (…) Si los hechos de violencia tienen lugar en recintos penitenciarios Gendarmería de Chile deberá prestar asistencia y protección a la víctima, en virtud de lo indicado por su ley orgánica, y actuar en conformidad con el inciso anterior (art. 31).

La potestad cautelar de los tribunales con competencia en lo penal se ha visto ampliada con la incorporación de medidas cautelares de carácter civil, específicamente en materia de familia. En efecto, de acuerdo a la modificación introducida por la Ley N°21.675 en la ley de violencia intrafamiliar, se podrán decretar:

> En cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, y aun antes de la formalización, el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal, según corresponda, podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establecen el artículo 92 de la ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, o la ley que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género (art. 15).

La Ley N°19.968, enumera ocho medidas cautelares destinadas a la protección de las víctimas. A efectos del presente análisis, se abordarán únicamente aquellas relacionadas directamente con los NNA. Si bien dicho artículo atribuye expresamente al juez de familia de las cuales solo analizaremos las medidas estrechamente relacionadas con los hijos e hijas. Si bien dicho artículo atribuye expresamente al juez de familia la competencia para decretar tales medidas cautelares, esta referencia se ve extendida por la aplicación del artículo 15 de la Ley N°20.066, habilitando con ello el Tribunal de Garantía y el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, para adoptar las siguientes medidas, que en su obligación de:

> Dar protección a la víctima y al grupo familiar. Cautelará, además, su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para tal efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las siguientes:1. Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquél en el hogar común y en el domicilio,

lugar de estudios o de trabajo de ésta, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concurra o visite habitualmente (…)3. Fijar alimentos provisorios. 4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos. (…)7. Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante. Las medidas cautelares podrán decretarse por un período que no exceda de los 180 días hábiles, renovables, por una sola vez, hasta por igual plazo y podrán, asimismo, ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del juicio. El juez, para dar protección a niños, niñas o adolescentes, podrá, además, adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición (art. 92).

Por tanto, esto amplia considerablemente el catálogo de medidas cautelares de carácter civil relativas a los NNA, que se pueden ser decretada por los tribunales con competencia en materia penal, atribuyéndoles facultades propias de los tribunales de familia, conforme al nuevo marco normativo.

Continuando con el análisis del artículo 92 de la Ley 19.968, su inciso tercero nos remite expresamente a las medidas cautelares especiales del articulo 71 del mismo cuerpo legal, el cual establece medidas cautelares que son de carácter especialísimo, en atención a que pertenecen a un procedimiento especial destinado a la protección de NNA vulnerado en sus derechos. En este sentido, cuando:

> Sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares: a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado; b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza; c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima; d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar

> las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes; e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido; f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos. h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección (Ley N°19.968, 2004, art. 71).

Actualmente, existe la posibilidad de que tanto los tribunales de familia, de garantía y de juicio oral en lo penal, decreten el conjunto de medidas cautelares contempladas en la normativa vigente, conforme a las modificantes introducidas por la Ley que Estatuye Medidas Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia en Contra de Las Mujeres, en Razón de su Género. Resulta relevante advertir que dicha norma ha entrado en vigencia el año 2024, por lo que próximamente ya debiésemos contar con jurisprudencia significativa de la materia que permita determinar cómo los tribunales abordarán, en la práctica, el empleo de las diferentes medidas cautelares disponibles.

En relación con el amplio abanico de medidas cautelares que puede decretar el juez, cuando los hechos denunciados no revisten carácter de delito y se sitúan dentro del ámbito de competencia del Tribunal de Familia, no se advierte mayor complejidad en su aplicación, toda vez que este órgano jurisdiccional es el competente por ley para conocer dichas materias. No obstante, la problemática se presenta en competencia penal, particularmente respecto del alcance de la facultad conferida por el artículo 15 de la Ley N°20.066, en relación con la aplicación de las medidas cautelares establecidas en el artículo 92 de la Ley N°19.968, que, como ya se ha señalado, remite además al artículo 71 del mismo cuerpo legal.

Dado que tales medidas son de carácter netamente civil y propias del ámbito de competencia del juez de familia, podrían surgir dificultades para cumplir con los requisitos exigidos para solicitar su aplicación en sede penal, especialmente cuando se

requiere una intervención inmediata en materias relacionadas con los NNA, por no ser propias de su jurisdicción. En la práctica judicial, ante tales escenarios, es habitual que el tribunal con competencia en lo penal remita los antecedentes mediante oficio al Tribunal de Familia competente, con el fin de que este último, dada su especialización, resuelva respecto de las medidas de carácter civil y proteccionales, necesarias para la protección integral de los NNA.

Este mecanismo de derivación, si bien puede resultar procedimentalmente adecuado, plantea interrogantes relevantes en términos de oportunidad, eficacia y coordinación jurisdiccional, especialmente considerando la urgencia que caracteriza este tipo de situaciones. En tal sentido, será clave observar la práctica judicial, a fin de determinar si efectivamente se emplearan estas amplias facultades cautelares con el enfoque infantil y de perspectiva de género que requiere la materia.

TITULO II: Análisis de la reforma introducida por la Ley Estatuye Medidas Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia en Contra de Las Mujeres, en Razón de su Género

Analizado los cuerpos normativos principales en relación con las medidas cautelares dirigidas a niños, niñas y adolescentes en contextos de violencia de género, se observan que estas se encuentran dispersas en diversos textos legales, lo que puede generar confusión, e incluso redundancia, al reiterarse algunas de ellas.

La Ley N°21.675 introduce un conjunto de medidas cautelares y, a su vez, reitera otras ya contemplada en otros cuerpos normativos, fortaleciendo con ello la potestad cautelar de los Tribunales de Familia, Tribunales de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, conforme a la actual redacción del artículo 15 de la Ley N°20.066.

Si bien la figura de la violencia de género se centra en la protección de las mujeres como grupo históricamente discriminado, objeto de regulación mediante una ley especial, esta se complementa con la aplicación supletoria de las normas sobre violencia intrafamiliar. En este contexto, puede resultar equivoco que la normativa haga referencia indistinta a ambas figuras. Esta ambigüedad se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que tanto en casos de violencia de género como de violencia intrafamiliar exista semejanza en las medidas cautelares, sanciones y procedimiento aplicable. Así, la verdadera distinción radica en los hechos denunciados y la figura invocada.

Una de las consecuencias de este mimetismo procesal entre ambas figuras es el riesgo de subsumir la violencia de género dentro de la violencia intrafamiliar, lo cual puede desdibujar su especificidad y reducir su capacidad protectora. Por ello, resulta fundamental que en el desarrollo del procedimiento judicial se delimiten de manera expresa y diferenciada las figuras jurídicas aplicables, así como las medidas adoptadas en cada caso. Es indispensable que el tribunal explicite en su resolución si los hechos constituyen violencia de género y violencia intrafamiliar.

En esta línea "María Luisa Femenías identifica al menos cuatro formas que puede adoptar la violencia institucional en el orden jurídico. (…) [siendo la tercera forma] el uso equívoco del lenguaje jurídico" (Femenías, 2008, citado en Moraga, 2023, p. 126).

Por ello, la importancia del empleo claro y diferenciado de las figuras jurídicas, para efectos de no caer en la llamada violencia institucional.

El lenguaje jurídico empleado en los procesos judiciales reviste especial relevancia, por la trascendencia de la labor judicial frente a la población. A través de ello, se transmite a las partes no solo la calificación jurídica que revisten los hechos, sino que también el reconocimiento legal e institucional de determinadas realidades. En este sentido, calificar un hecho como constitutivo de violencia de género permite a la víctima identificar y tomar conciencia de una situación que no debe ser, invisibilizada o subsumida dentro de la figura de la violencia intrafamiliar. Esta distinción resulta especialmente necesaria considerando que, para quienes no están familiarizados con el ámbito jurídico, la diferencia entre ambas categorías puede no resultar evidente.

En ello radica la responsabilidad institucional ineludible por parte de los órganos jurisdiccionales, quienes deben emplear un lenguaje jurídico comprensible, preciso y accesible para los usuarios del sistema, particularmente en los procedimientos de violencia de género. Esta necesidad se acentúa ante la posibilidad que las partes litigantes comparezcan sin patrocinio de un abogado, lo que convierte el lenguaje del tribunal en un canal fundamental para el acceso efectivo a la justicia.

En cuanto a los aspectos comunes entre ambas figuras, uno de los más significativos es la sanción establecida por la ley para castigar los hechos de violencia de género en sede de familia. Ya en el año 2018, la Dirección de Estudios de la Corte Suprema advirtió que la sanción prevista en la Ley N°20.066, limitada a la imposición de una multa, resultaba notoriamente "deficiente como respuesta legislativa" (Secretaría Técnica de Igualdad de género y no discriminación de la Corte Suprema de Chile, 2020). En consecuencia, resultaba esperable que la Ley N°21.675 incorporara mecanismos

sancionatorios más eficaces. Sin embargo, esta última norma persiste en un enfoque centrado en la regulación de aspectos civiles, sin introducir reformas al régimen sancionatorio.

2.1 Potestad cautelar

En relación con las medidas cautelares, si bien se ha reforzado este sistema mixto de competencias, en que se ha fortalecido a los Tribunales de Garantía y de Juicio Oral en lo Penal, con facultades de materia civil de familia, esta ampliación se explica, en parte como una respuesta institucional a la serie de deficiencias advertidas por el Poder Judicial. El Estudio de Acceso a la Justicia de Las Mujeres Víctimas de Violencia, Usuarias del Poder Judicial, elaborado el año 2020, advirtió que:

> "La Comisión ha constatado problemas graves en el cumplimiento y seguimiento de las órdenes de protección o medidas cautelares emitidas, situación que se vuelve particularmente crítica en la esfera de la violencia intrafamiliar" (Secretaría Técnica de Igualdad de género y no discriminación de la Corte Suprema de Chile, 2020, p. 42).

Asimismo, señaló que:

> "Sobre la actitud de los jueces y fiscales al emitir y hacer el seguimiento de medidas cautelares, la Comisión ha destacado que muchas veces no existe una evaluación del riesgo de la víctima y en que se llega a considerar más el impacto de éstas en el agresor" (Secretaría Técnica de Igualdad de género y no discriminación de la Corte Suprema de Chile, 2020, p. 42).

El estudio evidencia la necesidad de establecer instancias sistemáticas y obligatorias de capacitación en perspectiva de género para todos los operadores jurídicos involucrados. No debe perderse de vista que el objetivo central las medidas cautelares en contextos de violencia de género es el cese de manera inmediata de la situación de violencia y la protección eficaz de la víctima, habilitando así un espacio para su recuperación, reparación y resignificación de los hechos sufridos.

Si bien resulta esencial que la aplicación de medidas cautelares se ajuste al principio de proporcionalidad, dicha evaluación debe complementarse con una perspectiva de género que impida la aparición de sesgos o estereotipos de género, con el objetivo que ello no sea un obstáculo para el objetivo de las medidas cautelares: el cese efectivo de la violencia y la protección integral de la víctima. Al tratarse de una forma de violencia estructural y sistémica, es exigible del tribunal un estándar reforzado de garantía

y diligencia, que permita valorar adecuadamente la intensidad y urgencia de las medidas que deben imponerse al agresor.

Aun cuando estas medidas cautelares especiales, son materias ajenas a la tramitación ordinaria de los juzgados con competencia en lo penal, su establecimiento obedece al contexto familiar en el que, habitualmente, ocurren los hechos de violencia de género, junto con sistema mixto de tramitación de la violencia de género y la violencia intrafamiliar vigente en Chile.

Una de las problemáticas que surge respecto de la aplicación de medidas cautelares en favor de los NNA en sede penal, es la dificultad de seguimiento y vigilancia efectiva. Esto se debe, principalmente, a que se trata de tribunales que no conocen ordinariamente este tipo de materias, propias de los tribunales de familias, lo que en la práctica judicial dificulta el cumplimiento de la norma, considerando que no cuentan con la infraestructura ni los protocolos idóneos para dicho efecto. Como ya se ha mencionado, la revisión del cumplimiento de medidas de carácter civil por parte de un tribunal con competencia en materia penal resulta compleja. Esta situación podría explicar la restricción contendía en el artículo 34, numeral 6, de la Ley N°21.675, que impide al juez pronunciarse sobre el cuidado personal si éste ya se encuentra judicialmente regulado.

No obstante, hubiera sido más coherente con los principios establecidos en la ley, exigir al tribunal que, en todos los casos, se pronunciara respecto de las materias relativas a los hijos e hijas, toda vez que la ocurrencia de hechos de violencia de género remueve inevitablemente la estructura y dinámica familiar.

A las dificultades ya mencionadas en el informe de acceso a la justicia, anteriormente mencionado, se suma la complejidad del sistema mixto de tribunales competentes. Esta situación, deriva en una difusa delimitación competencial entre órganos jurisdiccionales con atribuciones y conocimientos tan dispares, dificultando a las víctimas de violencia de género y violencia intrafamiliar, la identificación del tribunal ante el cual deben presentar su denuncia. Lo anterior, puede ocasionar demoras en el inicio del procedimiento y en la dictación de medidas cautelares. Esta confusión también afecta a funcionarios, quienes derivan denuncias a sede de familia que posteriormente deber ser remitidas a sede penal.

> En este sentido, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha identificado como una barrera al acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia la fragmentación de instituciones con competencia para recibir denuncias de violencia (…) y la ausencia de colaboración entre estas instituciones

estatales. Como resultado, las víctimas y/o sus familiares se encuentran ante rutas de atenciones confusas, poco coordinadas o no especializadas" (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema de Chile, 2020, p. 40).

En España como ya analizamos anteriormente, las órdenes de protección de carácter civil cuentan con un plazo de vigencia, quedando sujetas a una ratificación de la víctima mediante una demanda ante el juzgado, para efectos de su revisión, ratificación o modificación. Estas se deben dictar con un plazo de vigencia, que permita brindar una protección efectiva a la víctima, acompañado del oficio que informa al tribunal de familia competente, para que sea aquel, quien continue conociendo de la materia relacionada con los NNA, por las posibles vulneraciones de derechos, fijando una audiencia para su revisión, por tratarse de un órgano especializado en la materia.

En cuanto al requisito de comparecencia del imputado o demandado, para decretar medidas cautelares, a diferencia de España, en Chile no se realiza distinción al momento de ser decretadas. Las medidas cautelares de carácter civil se pueden ser dictadas por el tribunal con y sin la comparecencia del ofensor, en que, si:

> Se decretan en presencia del ofensor, el tribunal le conminará a cumplir cabalmente las obligaciones y prohibiciones impuestas. Si ese no fuera el caso, ordenará que se le conmine en el momento de la notificación, la que deberá ser realizada de forma expedita. El tribunal ordenará de la manera más expedita posible la notificación al ofensor de las medidas que se adopten y cautelará especialmente que se resguarde la seguridad de la víctima, para lo cual podrá requerir el auxilio de la fuerza pública. Se dejará registro expreso en la causa de las medidas que se adopten para cautelar la seguridad de la víctima y del seguimiento de dichas medidas. Una vez practicada la notificación se deberá comunicar de inmediato esta circunstancia, en la forma y por los medios más expeditos posibles, al tribunal que haya decretado la medida, a Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones de Chile y a la fiscalía local competente, en los casos que corresponda (Ley N°21.675, 2024, art. 35).

Una de las problemáticas detectadas en dicha materia, es la tardanza en la notificación del imputado o demandado, la cual no siempre se realiza con la prontitud requerida, lo que termina perjudicando la vigencia y efectividad de las medidas ordenadas. Las cuales se decretarán fundándose en los hechos denunciados, siendo el

parte policial o la denuncia elemento fundamental para determinar el nivel de riesgo que presenta la víctima.

Respecto de la denuncia, resulta necesario:

> Destacar de manera negativa como en un tribunal de familia observado, en caso de demandas orales, existe la práctica de no llevar a cabo la entrevista personal de la consejería técnica con la mujer que sufre violencia, y que en cambio ésta deje su relato por escrito, para luego ser contactada telefónicamente para hacer 'la entrevista'. (…) Ello obedecería a la falta de personal y la incapacidad estructural de responder a la alta demanda. Esta falta de inmediatez puede significar para las víctimas continuar expuestas al peligro de ser agredidas, por ejemplo, no considera que al momento de ser contactada puede estar en el domicilio con el agresor" (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema de Chile, 2020, p. 73).

Esta situación reviste especial gravedad, ya que la presentación de una denuncia puede generar un aumento de la violencia ejercida contra la mujer y/o sus hijos e hijas, aumentando consiguientemente el riesgo en los casos de violencia vicaria.

Una cuestión igualmente grave es la escasa sensación de seguridad que experimentan las victimas al acudir a tribunales:

> Al momento de realizar las denuncias (…) o solicitar medidas cautelares, la infraestructura existente permite que se menoscabe la dignidad y privacidad de las víctimas al estar expuestas a contar sus relatos en público (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema de Chile, 2020, p. 65).

Ello obedece a que las solicitudes de medidas cautelares y denuncias se realizan habitualmente en el mesón general de atención de público.

Es dable esperar que la integración de la perspectiva de género permita a los tribunales de justicia establecer protocolos adecuados de privacidad y seguridad para las víctimas que acuden presencialmente al tribunal. En la práctica, uno de los recursos que se emplea es la comparecencia a través de medio telemáticos, para efectos de evitar que la víctima se encuentre frontalmente con el agresor al asistir a audiencia o derechamente desistiendo la victima de comparecer personalmente. Debido a ello deberían existir espacios físicos adecuados que permita brindar un entorno seguro para que la víctima pueda ejercer su derecho a comparecer presencialmente y permita el cumplimiento efectivo de las medidas cautelares vigentes.

Si bien en sede penal se han establecido obligaciones orientadas a evitar la revictimización secundaria, la Ley N°21.523 consagra garantías para fortalecer la participación de las víctimas en el proceso penal. Sin embargo, subsisten vacíos importantes en relación con la participación de los NNA. En efecto, los artículos 34 y 45 de la Ley N°21.675, impone el deber de oír a los NNA en audiencia reservada, lo que supone desafíos prácticos relevantes para los tribunales con competencia en materia penal. En la actualidad los tribunales de garantía y de juicio oral en lo penal, carecen de la infraestructura y funcionarios que puedan cumplir con dicha exigencia a diferencia de lo que ocurre en los tribunales de familia, que disponen de la figura del consejo técnico.

Esta carencia podría dificultar la correcta aplicación de la norma, en especial respecto de las medidas cautelares especiales del articulo 34 de la Ley N°21.675. Por tanto, es necesario un proceso de capacitación para los tribunales de garantía y de juicio oral en lo penal, de manera que se garantice el derecho de los NNA a ser oídos sin que ello implique una revictimización en los procesos penales, al decretarse medidas cautelares especiales frente a situaciones de riesgo inminente de padecer violencia de género. Una vía idónea seria replicar el procedimiento aplicado por los tribunales de familia, con una audiencia especial celebrada para dicho efecto.

Finalmente, cabe esperar que la aplicación de las medidas cautelares no se vea desvirtuada por los problemas implementación en sede penal. Resulta fundamental que la práctica de remitir los antecedentes al tribunal de familia para que éste adopte las medidas cautelares urgentes, no se convierta en una vía para que los tribunales competencia en materia penal omitan pronunciarse respecto de las materias relacionadas con los NNA víctimas de violencia de género y violencia intrafamiliar, por las exigencias que establece la ley.

2.2 Estadísticas

Al contar con un sistema mixto de competencia, analizaremos el número total de medidas cautelares decretadas tanto en los Tribunales de familia como en los Tribunales de Garantía, con el objeto de determinar cuáles son las medidas cautelares más frecuentemente adoptadas. Debe tenerse presente que hasta antes de la entrada en vigencia e implementación de la Ley N°21.675, solo se contemplaba la regulación específica de la a violencia intrafamiliar, por lo que las cifras citadas se basan en dicha materia.

El estudio de Acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial, estableció que, en los Tribunales de familia:

> Las medidas cautelares más frecuentemente otorgadas en las causas por violencia intrafamiliar son la prohibición de acercamiento a la víctima, el abandono del hogar común y las rondas periódicas de personal policial a la vivienda de la víctima. En las causas proteccionales, las medidas adoptadas dependen de cada caso, y del tipo de agresor. (…) También se indagó en otro tipo de medidas menos comunes, como la entrega de alimentos provisorios, frente a lo cual se indicó que se otorgan en casos muy fundamentados, tomando en cuenta situaciones de precariedad de la víctima. Ninguno de los Tribunales visitados cuenta con una estadística de los rechazos frente a la solicitud de medidas cautelares, pero se indica que son otorgadas en casi la totalidad de los casos, siendo muy bajo el porcentaje de rechazo. Este es una de las facultades de los Tribunales mejor evaluadas por los mismos intervinientes en su otorgamiento (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema de Chile, 2020, p. 75).

Por su parte, el boletín número uno de Estadísticas de causas de VIF y Maltrato Habitual del Poder Judicial señala que:

> Las medidas cautelares decretadas a nivel país, entre el periodo 2015 – 2021, ascienden 342.142, observando su mayor incremento en el periodo 2021, con un total 63.247" (Poder Judicial República de Chile, 2022, p. 5).

Dicho informe indica que las medidas cautelares más aplicadas fueron:

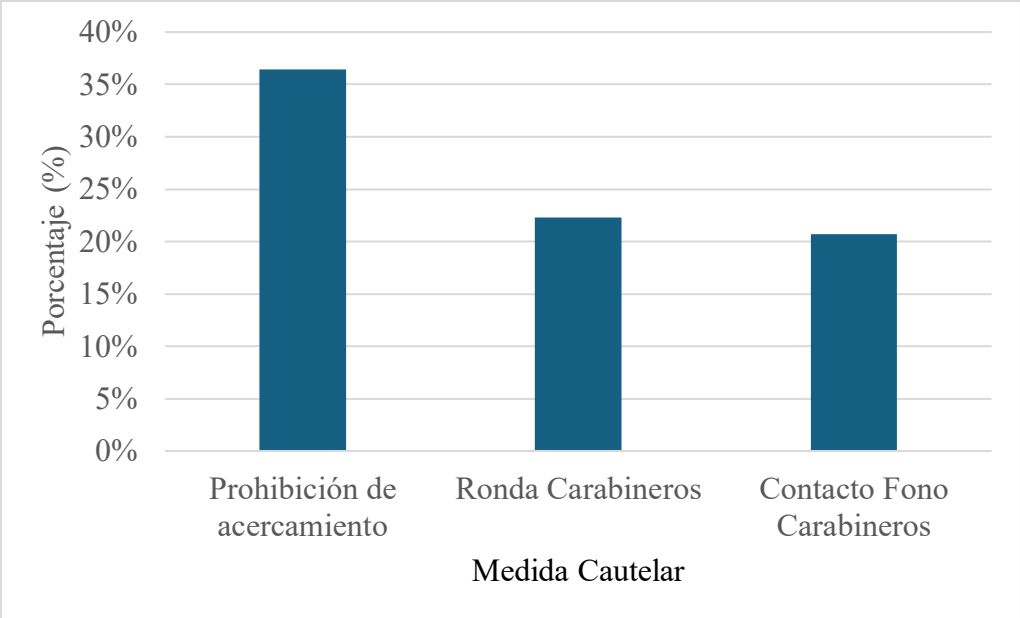
> Prohibición de acercamiento, con un 36,4% respecto al total, seguida de la medida 'Ronda Carabineros', con un 22,3%. En tanto, la medida 'Contacto Fono Carabineros [número telefónico disponible de Carabineros de Chile]', registra un 20,7%" (Poder Judicial República de Chile, 2022, p. 5).

Como se observa en la Figura 1, Medidas cautelares más aplicadas en causas de Violencia Intrafamiliar en la competencia de Tribunales de Familia en el periodo del año 2015 al 2021.

Ambos informes muestran consistencia en cuanto a las medidas cautelares más frecuentemente decretadas, no obstante, resulta llamativo que ambos documentos estadísticos no mencionen expresamente las medidas cautelares de carácter civil relacionadas con NNA.

Figura 1

Medidas cautelares más aplicadas en causas de Violencia Intrafamiliar en la competencia de Tribunales de Familia en el periodo del año 2015 al 2021.



Nota. Elaboración propia a partir de datos del Boletín núm. 1 de Estadísticas de causas VIF y Maltrato Habitual del Poder Judicial de la República de Chile (2022).

En el ámbito de competencia de los Tribunales de Garantía:

> Una cuestión positiva [es] el alto porcentaje de concesión de medidas cautelares en favor de mujeres y niñas, dentro de las cuales las más utilizadas son la prohibición de acercamiento y el abandono del hogar común (…). En algunos, en el caso de los delitos sexuales, destacan las medidas de privación de libertad o arresto (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema de Chile, 2020, p. 80).

El boletín estadístico relativo a:

> Las medidas cautelares decretadas a nivel país en las causas por el delito de maltrato habitual, para el periodo 2015 [a] 2021, ascienden a 7.658.(…) [Siendo las medidas cautelares aplicadas con mayor frecuencia la del] 'Art. 9° letra b Medida cautelar VIF' [Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente] con un 58,7% respecto al total, seguida de 'Art. 9° letra a Medida cautelar VIF' [Obligación de abandonar el ofensor el hogar que

comparte con la víctima] con un 12,8% (Poder Judicial República de Chile, 2022, p. 7).

Si bien en el ámbito penal el análisis se ha centrado únicamente en el delito de maltrato habitual, la comparación entre los tribunales permite observar que la medida cautelar por excelencia es la prohibición de acercamiento. Cabe señalar que los registros estadísticos no especifican si dicha medida se extiende solo en favor de la mujer o si también se incluyen a los hijos e hijas afectados por violencia intrafamiliar.

En consideración a que los datos estadísticos oficiales confirman que la medida cautelar decretada por excelencia es la prohibición de acercamiento, se hace imperativo que, en los casos en que se decrete tal medida y existan NNA afectados, el tribunal aplique lo dispuesto en el artículo 34, numeral 6, inciso segundo de la Ley N°21.675. En virtud de dicha norma, debiera decretarse la suspensión del régimen de relación directa y regular del padre que no ejerce el cuidado personal. En este sentido, la redacción del artículo resulta adecuada, ya que establece una consecuencia directa al decretarse la medida cautelar de prohibición de acercamiento.

2.3 Medidas cautelares y la Violencia Vicaria

Si bien las medidas cautelares mixtas, constituyen un instrumento fundamental en la lucha contra la violencia vicaria, será especialmente relevante observar como los tribunales chilenos abordaran esta problemática. Como ya se ha analizado, en este tipo de violencia encontramos la victima instrumentalizada, usualmente los hijos e hijas y la victima destinataria. Respecto de esta última, no existen dudas, corresponde aplicar el procedimiento previsto para los casos de violencia de género.

Sin embargo, en relación con la victima instrumentalizada, pueden surgir interrogantes. La Ley N°21.675, ha reconocido expresamente a los niños, niñas y adolescentes como víctimas directas de violencia de género, por lo que debiesen ser considerados como tales en el procedimiento respectivo. Ello resulta coherente con la finalidad del proceso, orientado al cese y sanción de la violencia ejercida contra ellos. No obstante, también resulta pertinente, que se inicie el procedimiento especial de aplicación de medidas de protección, cuyo propósito es "la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados" (Ley N°19.968, 2004, art. 68). Por tanto, ambos procedimientos no se excluyen mutuamente, pero su coexistencia exige una adecuada coordinación, a fin de evitar que se decreten medidas cautelares contradictorias que resulten ineficaces para la víctima. Hasta ahora el

procedimiento de aplicación de medida de protección, es el que ha asumido el tratamiento de las consecuencias de la violencia vicaria, centrando su intervención en el bienestar y resguardo de los NNA.

Respecto de la víctima instrumentaliza, al tratarse de NNA que han recibido un daño directo e intencional por parte del agresor, también cabe su calificación como víctimas de violencia intrafamiliar, conforme a los dispuesto en el artículo 5, inciso final de la Ley N°20.066. Esto implica que, frente a un mismo hecho de violencia vicaria, pueden activarse tres procedimientos: uno por violencia de género respecto de la madre como víctima destinataria; otro por violencia intrafamiliar respecto de los hijos e hijas, como víctimas instrumentalizadas del agresor; y un tercero, correspondiente al procedimiento de aplicación de medidas de protección, destinado a la restitución de los derechos vulnerados de NNA. Esta concurrencia de vías procesales refleja la complejidad del fenómeno y la necesidad de una adecuada coordinación jurisdiccional. Sin dejar de considerar que, si la acción u omisión constituye un delito, se deberá aplicar el procedimiento correspondiente en sede penal.

Respecto de situaciones con alto nivel de conflictividad entre los padres, no existe una institución o ente encargado de brindar apoyo en las visitas supervisadas. Los Puntos de Encuentro Familiar en España, se crearon precisamente para supervisar este tipo de situaciones, especialmente si el NNA, se encuentra en un proceso de revinculación. Esta institución media, evalúa y acompaña en el cumplimiento y desarrollo de los regímenes de visitas, resguardando el bienestar de los NNA y permitiendo resguardad la integridad de las víctimas de violencia de género.

La inexistencia de una entidad de estas características en Chile constituye una importante carencia institucional, cuya implementación sería altamente recomendable en casos de violencia de género y violencia intrafamiliar que afecten a NNA. Esto, considerando que, en dichos contextos, las materias relacionadas con los hijos e hijas suelen ser las más complejas de regular, debido a las profundas fracturas en la comunicación entre los padres.

Debiendo considerarse que ello debe compatibilizarse con el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas en favor de la madre, tales como prohibición de acercamiento y comunicación, que hacen imposible o altamente dificultoso el cumplimento de las mismas al momento de la recogida y entrega de los hijos en el hogar materno, requiriendo estos casos de apoyo institucional para dar cumplimiento al derecho de los hijos e hijas a relacionarse con sus padres.

En este escenario, sería beneficioso establecer mecanismos e instituciones centrados en los NNA y en su derecho a vincularse con sus padres, que permitan brindar la seguridad necesaria tanto a ellos como a sus padres, en procesos judiciales de violencia de género y violencia intrafamiliar.

El establecimiento de mayores restricciones frente a denuncias por violencia de género y violencia vicaria, en relación con el contacto entre el agresor y los hijos e hijas en común, no fue abordado con la profundidad esperada por la ley N°21.675. A nivel comparado, en España el establecimiento de medidas que restringen el contacto entre el agresor y sus hijos ante denuncias por violencia de género ha sido objeto de debate, precisamente por las implicancias que dichas medidas tienen restringiendo ciertos derechos de los padres. No obstante, estas medidas se han implementado bajo la lógica del cambio de paradigma que ha experimentado la protección de la infancia, en que los NNA han dejado de ser relegados como victimas secundarias, para a ser sujetos principales de protección en contexto de violencia.

2.4 La violencia vicaria a nivel jurisprudencial

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N°21.675 ya existían sentencias judiciales en Chile que reconocían la existencia de la llamada violencia vicaria, especialmente en contexto de los procedimientos de aplicación de medidas de protección. En tales casos y de acuerdo con los antecedentes que daban cuenta de la situación de vulneración que padecía el NNA, dicha forma de violencia era mencionada en las pautas de derivación elaboradas por el consejero técnico del tribunal, de acuerdo con la oferta programática del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, con el objetivo de realizar una intervención y reparación especializada del derecho vulnerado del NNA.

Si bien en los programas de intervención se aborda la temática de la violencia vicaria desde la perspectiva de los NNA, la madre, también víctima, queda relegada a una derivación a atención psicológica de carácter voluntario, cuya continuidad se ve interrumpida por la falta de redes de apoyo, precariedad económica o condiciones de revictimización institucional. En estos casos, la problemática no es abordada de manera integral ni bajo una coordinación eficaz, lo que debilita la protección de las víctimas.

En cuanto a resoluciones relevantes, consultado el Repositorio de Sentencias con Perspectiva de Género del Poder Judicial, destaca una sentencia del año 2021, dictada por

el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, que resuelve una demanda de autorización judicial de la salida del país.

En el considerando séptimo de la sentencia, se señala de forma categórica el encontrarse acreditado que el demandado estaría ejerciendo violencia de vicaria, instrumentalizando a la hija en común para mantener el control sobre la madre.

> "Es necesario hacer presente que de la prueba y del propio relato del demandado se desprende la situación de violencia integral que está viviendo la demandante en la actualidad: el demandado es quien determina cuales son las condiciones en que la demandante y su hija deben vivir, calificando él, y no ella, como adulta autovalente, lo que es mejor para ella. Intentó que viviera con la familia de él, y no en forma independiente, además sabiendo que sólo tiene permiso de turista, insiste que trabaje en lo que él determina. Ejerce un completo control económico, comprando él lo que ellas necesitan, quienes además debían ir a buscar dichas compras a la casa de la familia paterna, no existiendo en la demandante poder de decisión ni de disposición, siendo estos hechos, en conjunto con la negativa a autorizar la salida de la niña, una forma de violencia vicaria, toda vez que la utiliza para tener control sobre la madre. Que esto se ve reforzado por la sentencia dictada en la causa Rit P-XXX-21, en que se establece 'Que, la petición del padre dice relación con una evaluación psicológica que la madre ya habría procurado y una pretensión de cuidado personal, que tiene por único objetivo privar del cuidado personal a la madre y no beneficiar el interés superior de su hija, ya que él mismo señala en la audiencia que no tiene una vivienda adecuada para vivir con la niña y el único modo de ejercerlo sería en el domicilio en el que la niña se encuentra viviendo con su madre, es decir, el mismo domicilio en el que él las llevó a vivir, lo que importaría en la práctica, forzar una convivencia con la madre o bien entender que ésta debe hacer abandono del domicilio en circunstancias que fue el propio requirente quien la trajo a vivir a Chile a sabiendas que carecía de toda red familiar y autonomía económica y por tanto, quedaría en total desamparo, separada de su hija, sin que exista razón fáctica o jurídica o alguna situación de riesgo que así lo amerite. A mayor abundamiento, se observa del relato del requerimiento y de lo expresado por el padre en audiencia una absoluta desconexión respecto de la actual situación de la niña" (Sentencia C-2695/2021, 2021, FD. 7).

Este fallo resulta ejemplificador, pues pone de manifiesto la toma de decisiones judiciales con perspectiva de género. La sentencia aborda desde una mirada transversal los hechos y antecedentes de la demandante, tales como su condición de mujer migrante, sin redes familiares de apoyo, ni acceso a trabajo y/o educación, con una hija que no habla español, viviendo en un país extranjero. En dicho contexto, el padre de la niña, el demandado, ejerce un control sobre diversos aspectos de la vida de la madre, evidenciándose una clara asimetría de poder. Tal control se manifiesta mediante la limitación económica, restricción del desplazamiento y de la autonomía, usando a la niña como instrumento coercitivo. A ello se suma la instrumentalización del proceso judicial, mediante la solicitud del cuidado personal de la niña por parte del padre, no con fines de protección, sino como mecanismo de subordinación y dominación de la madre, incluso en perjuicio de la propia niña. Cabe destacar que este patrón ya había sido advertido en el procedimiento de aplicación de medidas de protección.

Finalmente, el fallo concede la autorización de salida del país de la niña en compañía de su madre, disponiéndose un régimen comunicacional mínimo en favor del padre. Esta sentencia reviste especial interés por haber sido dictada con anterioridad a la Ley N°21.675, y por considerar la magistrada como relevante la ponderación de antecedentes del procedimiento de medidas de protección, señalando que el demandado tenía "medidas cautelares vigentes decretadas en favor de la demandante en juzgado de familia, en causa en que se derivaron los antecedentes al Ministerio público por maltrato habitual" (Sentencia C-2695/2021, 2021).

Lo anterior vuelve a poner en evidencia las dificultades que supone coordinar el cumplimiento, seguimiento y compatibilidad de las medidas cautelares dictadas en el marco de multiplicidad de procedimientos que se dan en este tipo de materia. En el actual escenario normativo, será particularmente relevante observar como las instituciones y programas intervinientes abordaran la violencia vicaria.

En los casos en que, en el marco del procedimiento de aplicación de media de protección, se constate que el NNA, ha sido víctima de violencia vicaria, debiese disponerse, además, la derivación de la progenitora a un Centros de La Mujer, con el objeto de brindarle orientación sobre este tipo de violencia, informándoles respecto de la existencia del procedimiento por violencia de género. En aquellos casos en que existan antecedentes que permitan inferir que la violencia ejercida sobre los NNA constituye delito, debe activarse la obligación de los funcionarios intervinientes, del deber de denuncia.

Por tanto, se hace necesario establecer una coordinación efectiva con perspectiva de género entre las Tribunales de Justicia, Oficinas Locales de la Niñez y Centros de la Mujer. Estas entidades, al contar con competencias distintas pero complementarias, deben asumir un rol activo en la construcción de redes de protección integrales, donde las respuestas judiciales y administrativas no sean compartimentadas dado que, en la violencia vicaria suelen presentarse por lo menos dos víctimas. Resulta fundamental que las intervenciones se articulen de la lógica preventiva y restaurativa, con el fin de evitar una las manifestaciones más extremas y devastadoras de la violencia vicaria: la muerte de los hijos e hijas en común como forma de castigo.

El abordaje de esta temática requiere con urgencia la necesidad de establecer protocolos formales de actuación y derivación, que permitan abordar en forma eficaz y oportuna la violencia vicaria garantizando un abordaje integral. En este sentido la Ley N°21.675 abre una oportunidad para colocar en el centro a quienes han sido invisibilizados, los NNA víctimas directas de la violencia de género ejercida contra sus madres.

CONCLUSIÓN

El análisis efectuado a lo largo de este trabajo ha permitido constatar que la violencia vicaria, como manifestación extrema de la violencia de género, sigue enfrentando importantes desafíos en su reconocimiento y tratamiento dentro de los sistemas de protección judicial, tanto en España como en Chile. Si bien ambos ordenamientos jurídicos han avanzado de manera progresiva en la integración de la perspectiva de género e infancia, persisten tensiones normativas y de coordinación institucional que limitan la eficacia de las medidas adoptadas.

En el caso español, la existencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con competencia mixta, y la consolidación de un cuerpo normativo y jurisprudencial especializado ha permitido el desarrollo de mecanismos para la protección de las víctimas, en particular de los NNA. La especialización institucional en infancia se refleja con la existencia de diversas instituciones y en particular de los Puntos de Encuentro Familiar, en conjunto con la aplicación de órdenes de protección, siendo instrumentos claves para evitar la revictimización y garantizar medidas adecuadas. Sin embargo, incluso en este contexto, las tensiones entre el principio de interés superior del niño y los derechos de los padres, sigue generando controversia en la práctica judicial.

En contraste, el ordenamiento jurídico chileno, si bien ha dado un paso importante con la Ley N°21.675, que reconoce la violencia de género y la violencia vicaria, aún enfrenta limitaciones. El sistema mixto de competencias entre tribunales de familia y tribunales con competencia en materia penal sigue generando fragmentación en el tratamiento de casos, lo que, sumado a la ausencia de protocolos de coordinación institucional efectivos, ha dificultado la protección de las víctimas, que agravan las dificultades para la ejecución y seguimiento de las medidas cautelares, especialmente en los casos de alta conflictividad parental.

A lo largo de la investigación se ha evidencia que, en Chile, las medidas civiles de protección a favor de los NNA en contexto de violencia de género continúan siendo insuficientes y, en muchos casos, quedan relegadas a la interpretación de los jueces, sin existir un marco normativo que establezca la obligatoriedad del pronunciamiento respecto de materias tan relevantes como el cuidado personal, régimen de relación directa y regular o patria potestad. Quedando obligada las partes a solicitar el pronunciamiento de dichas materias. Esta situación supone en riesgo a la integridad de los NNA.

La coordinación entre el Tribunal de Familia, Tribunal de Garantía y Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, Oficinas Locales de la Niñez y los Centros de la Mujer, se presenta como una necesidad urgente e impostergable, frente a la lucha contra la violencia vicaria. Asimismo, resulta indispensable la creación de espacios especializados de supervisión para las visitas, que brinden seguridad a las madres y sus hijos e hijas, similares a los Puntos de Encuentro Familiar en España, que permitan salvaguardar el bienestar de los NNA, en contexto en que las relaciones parentales se encuentran profundamente deterioradas por la violencia y las medidas cautelares vigentes.

La hipótesis planteada en este trabajo se confirma al constatar que, a pesar de los avances normativos introducidos por la Ley N°21.675, el sistema jurídico chileno aún presenta debilidades estructurales en la protección efectiva de los NNA víctimas de violencia vicaria. Dichas deficiencias derivan, principalmente, de la falta de especialización de los operadores jurídicos, relegación de la figura de los hijos e hijas a otros procedimientos, que en su desarrollo carecen los tribunales de la debida comunicación y conexión.

Finalmente, el abordaje de la violencia vicaria exige una respuesta sistémica, que no solo se limite al ámbito judicial, sino que involucre a todas las instituciones encargadas de la protección de los derechos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes. El diseño de políticas públicas integradas, la asignación de recursos adecuados y la implementación de mecanismos de seguimiento efectivos, son elementos esenciales para erradicar este tipo de violencia.

Este trabajo busca aportar a la reflexión y a la construcción de un sistema de protección eficaz, que no solo reconozca formalmente a los NNA como víctimas directas de la violencia de género, sino que garantice su protección real, asegurando que su derecho a crecer en entornos libres de violencia sea una prioridad, en la actuación de los órganos jurisdiccionales, fortaleciendo la perspectiva de género e infancia en las decisiones judiciales y en las políticas públicas de ambos países.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ R., I. (2024) La perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional (1). *Diario LA LEY*, (10.475), 1-13.

BERCOVITZ R., R. (2023). *Manual de derecho civil: derecho de familia* (8.ª ed.). Bercal.

CASADO C., B. (2020). *Menores y violencia de género: La protección al menor ante situaciones de violencia machista* (1.ª ed.). Tirant lo Blanch.

CUADRADO R., M. (ed.). (2017). *Cuestiones penales: A propósito de la reforma penal de 2015*. Dykinson.

DELGADO M., J. (2022). *La participación del menor en el proceso judicial* (1.ª ed.). La Ley.

DE LA CRUZ F., L. y RODRÍGUEZ P., I. (2022) Consecuencias en el desarrollo cognitivo de menores expuestos a situaciones de violencia de género: Una revisión bibliográfica. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (23), 48-73. https://doi.org/10.4995/reinad.2022.15389

GARCÍA DE MURCIA, M. (2022). Hacia la protección de las víctimas de violencia de género desde una perspectiva de derechos de infancia. *IgualdadES*, (6), 299-320. https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.6.10

GARCÍA M., M. (2015). Maltrato infantil y maltrato animal como formas de violencia vicaria en violencia de género. IQual. Revista de Género e Igualdad, (8), 215-243. http://dx.doi.org/10.6018/iqual.619921

LLORENTE S., M. (2023) Medidas cautelares civiles en los proceso por violencia de género y su repercusión en el proceso penal. *La Práctica de Tribunales*, (164), 1-18.

MAGRO S., V. (2025). Las nuevas secciones de violencia contra la infancia y la adolescencia de los tribunales de instancia investigaran la violencia vicaria. *Diario LA LEY*, (10.647), 1-12.

MAGRO S., V. (2024).Proyección en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2024/1285 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. *Diario LA LEY*, (10.518), 1-18.

MAGRO S., V. (2022). No matarás… a tus propios hijos. El drama de la violencia vicaria. *Diario LA LEY*, (10.194), 1-34.

MARTÍNEZ R., N. (2024). La guarda y custodia de los menores. Últimos criterios jurisprudenciales (2022-2023) Dosier de jurisprudencia. *Diario Actualidad Civil*, (1). 1-22.

MORAGA C., C. (2023). Desigualdad y representaciones de género en el marco de la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar por el sistema de justicia chileno. En GAUCHÉ M., X. y BARRÍA P., M. (Coord.). *Claves Interdisciplinarias sobre justicia y género*, 121-134. Thomsom Reuters.

MÚRTULA L., V. (2016). *El Interés Superior Del Menor y Las Medidas Civiles a Adoptar en Supuestos de Violencia de Género*. Dykinson.

ORTEGA C., J. L. (2021). La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio. *Diario LA LEY*, (9.892), 1-19.

PERAL L., M. (2018). *Madres Maltratadas: Violencia Vicaria Sobre Hijas e Hijos*. UMAeditorial.

PERAL L., M. (2017). Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas. *Actualidad Civil*, (7-8), 16–28.

PERAL L., M. (2015). El supremo interés del menor. Víctimas de violencia de género. En CUADRADO R., M. (ed.). (2017). *Cuestiones penales: A propósito de la reforma penal de 2015*. Dykinson. 55-66.

PÉREZ-CABALLERO M., M. T., PÉREZ J., F., DÍAZ R., M. y RODRÍGUEZ S., N. (2014) Investigación cuantitativa sobre como afecta el régimen de visitas a menores víctimas de violencia de género. En CASADO M., R., FLECHA G., C., GUIL B., A., PADILLA-CARMONA, M. T., VÁSQUEZ B., I., MARTÍNEZ T., M. (Coord.) *Aportaciones a la investigación sobre mujeres y género. V Congreso Universitario Internacional "Investigación y género: Sevilla 2 y 4 de Julio de 2024*". Editorial Sevilla: SIEMUS, 1186-1206.

PICONTÓ N., T. (2024). Los derechos de los niños y niñas a vivir en un entorno familiar libre de violencia de género. *Derechos y Libertades*: *Revista de Filosofía del derecho y derechos humanos*, (51), 249-282. https://doi.org/10.20318/dyl.2024.8589

POLLOS C., Cecilia. (2021) El perfil de las personas maltratadores y otros aspectos. *Diario LA LEY*, (9.942), 1-6.

REYES C., P. (2018). Menores y violencia de género: Nuevos paradigmas [Tesis doctoral, Universidad de Granada]. DIGIBUG.

https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/54414/87798.pdf?sequence=4&isAllowed=y

RÍOS L., J., LÓPEZ Z., E., RUÍZ S., S., (2023) La conceptualización científica de la violencia vicaria: Una revisión sistemática siguiendo el método prisma 2020. *Investigando en Psicología*, (24), 131-152. https://doi.org/10.70198/iep.vi24.208

RODRÍGUEZ Ll., S. (2025). *La protección de la infancia y la adolescencia ante la violencia de género* (1.ª ed.). Tirant lo Blach.

SALES J., R. (2023) El interés superior del menor en la guarda y custodia compartida. *Diario LA LEY*, (10.412), 1-9.

VALERA M., N. (2020). *Violencia de género en hijas e hijos de maltratadores: la perpetuación de la violencia*. Editorial Comares.

Anexo:

Sentencias:

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª. (2024, 15 de febrero). *Sentencia núm. 96/2024, Recurso de apelación n.°472/2023* (Ponente: Ángel Luis Campos Izquierdo). ID. CENDOJ: 28079370242024100164.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª. (2024, 21 de marzo). *Sentencia núm. 203/2024, Recurso de apelación n.°939/2023* (Ponente: Victoria Sainz de Cueto Torres). ID. CENDOJ: 28079370242024100192.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª. (2024, 10 de abril). *Sentencia núm. 211/2024, Recurso de apelación n.°175/2024.* (Ponente: José Luis Conde-Pumpido García). ID. CENDOJ: 46250370102024100231.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª. (2024, 17 de abril). *Sentencia núm. 232/2024, Recurso de apelación n.°1307/2023*. (Ponente: Eduardo Pastor Martínez). ID. CENDOJ: 46250370102024100258.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección 100ª. (2024, 31 de enero). *Sentencia núm. 71/2024, Recurso n.°10/2024.* (Ponente: Clara Eugenia Bayarri García). ID. CENDOJ: 46250381002024100001.

Segundo Juzgado de Familia de Santiago. (2021, 6 de julio). *Sentencia en causa ROL C-2695-2021.* (Jueza: Macarena Rebolledo Rojas). https://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/lista-archivo-repositorio/45-familia/627-06-07-2021-maternidad-migrante-y-vif-familia

Tribunal Constitucional, Sala Segunda. (2025, 10 marzo). Sentencia n.°54/2025, *BOE,* n.°88, de 11 de abril del 2025. Aranzadi LA LEY JUR\2025\35520. https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/31460

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (2023, 11 de enero). Auto n.°581/2021, *Recurso de casación n.°8870/2021*. (Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg). ID. CENDOJ: 28079110012023200338 https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e4df4d9e33463710a0a8778d75e36f0d/20230127

Leyes:

Código Penal, *Diario Oficial de la República de Chile*, de 12 de noviembre de 1974, https://bcn.cl/ipmDy0

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil; De La Ley Nº4.808, Sobre Registro Civil, de La Ley Nº17.344, Que Autoriza Cambio de Nombres y Apellidos, de La Ley Nº 16.618, Ley de Menores, de La Ley Nº 14.908, Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y de La Ley Nº16.271, de Impuesto a Las Herencias, Asignaciones y Donaciones, *Diario Oficial de la República de Chile*, de 30 de mayo de 2020, https://bcn.cl/3lgsf

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, *B.O.E.*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a La Infancia y a La Adolescencia, *B.O.E.*, núm. 175, de 23 de julio de 2015, págs. 61871 a 61889.

Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medias de Protección Integral contra la Violencia de Género, *B.O.E.*, núm. 313, de 29 de diciembre del 2004, págs. 42166 a 42197.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *B.O.E.*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058.

Ley N°21.675 Estatuye Medidas Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia en Contra de Las Mujeres, en Razón de su Género, *Diario Oficial de la República de Chile*, de 14 de junio de 2024, https://bcn.cl/3kzn7

Ley N°19.968 Crea Los Tribunales de Familia, *Diario Oficial de la República de Chile,* 30 de agosto de 2004, https://bcn.cl/3la8g

Ley N°20.066 Establece Ley De Violencia Intrafamiliar, *Diario Oficial de la República de Chile,* 7 de octubre de 2005, https://bcn.cl/3ljju

Ley N°19.696 Establece Código Procesal Penal *Diario Oficial de la República de Chile,* 12 de octubre de 2000, https://bcn.cl/3tv0t

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889, páginas 249 a 259.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Gaceta de Madrid*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, páginas 803 a 806.

Páginas Web:

Consejo General del Poder Judicial. (s.f.). Buscador de Jurisprudencia del Poder Judicial de España. Consultado el 30 abril de 2025. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Poder Judicial de Chile. (s.f.). *Buscador de Jurisprudencia del Poder Judicial de Chile*. Consultado el 30 abril de 2025. https://www.pjud.cl/portal-jurisprudencia

Vaccaro, S. (2019). *¿Qué es la violencia vicaria?* Sonia Vaccaro Psicóloga Clínica y Forense. Consultado el 25 de agosto de 2025. https://www.soniavaccaro.com/acerca-de-2

Otras Fuentes:

Consejo General del Poder Judicial. (2024). *Informe Sobre Víctimas Mortales de La Violencia de Género y Doméstica en El Ámbito de La Pareja o Expareja Año 2023*. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Informe-sobre-victimas-mortales-de-la-violencia-de-genero-y-domestica-en-el-ambito-de-la-pareja-o-expareja-en-2023

Gobierno de Chile. (2024). *Informe Anual de Femicidio 2023 Circuito Intersectorial de Femicidio*. https://minmujeryeg.gob.cl/wp-content/uploads/2024/12/Informe-CIF-final-17_12_2024.pdf

Ministerio de Sanidad. (2024). *Informe Anual de La Comisión Frente a La Violencia en Los Niños, Niñas y Adolescentes 2022-2023*.

https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/prevencionViolencia/infanciaAdolescencia/docs/Informe_anual_CoViNNA.pdf

Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género Consejo General del Poder Judicial. (2024). *Informe Anual Sobre Violencia de Género 2024*. https://psimae.es/wp-content/uploads/2025/04/Violencia-sobre-la-Mujer-Informe-anual-2024.pdf

Poder Judicial República de Chile. (2022) Estadísticas de Causas VIF y Maltrato Habitual. Boletín núm. 1. (visitado el 14 julio del año 2025) https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/estudios/datos/boletin1-3.pdf

Secretaría Técnica de Igualdad de género y no discriminación de la Corte Suprema de Chile. (2020). *Estudio acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial*. (visitado el 14 julio del año 2025) https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/estudios/accesojvcm/InformeFinal_Acceso%20a%20la%20justicia%20víctimas%20VCM.pdf