

Atención y protección de las personas menores huérfanas y víctimas de violencia de género. Evolución y resultados

María Dolores García Valverde

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Subdirectora del Instituto de Migraciones.
Universidad de Granada (España)*
mgarciav@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>

Extracto

En el ámbito de la violencia de género existe una serie de víctimas denominadas «invisibles» que sufren de forma directa o indirecta la violencia que se ejerce en su entorno. Por ello, el ordenamiento jurídico debe articular un conjunto de medidas para proteger a esas víctimas, que pueden quedar huérfanas en el caso de fallecimiento de la madre sometida a violencia de género.

El próximo 28 de diciembre de 2024 se cumplirán dos décadas desde la promulgación de la Ley orgánica 1/2004. Mucho ha llovido desde entonces, a pesar de la sequía que azota a nuestro país desde hace lustros. Igual ha pasado con la violencia de género.

Este trabajo tiene como fin poner de manifiesto las medidas de protección articuladas, con especial atención en la protección de las hijas e hijos huérfanos. El número de menores que se han quedado huérfanos por «culpa» de la violencia de género cada día es más amplio. En los últimos años se han dado «pasos» importantes, pero no han sido suficientes para conseguir una protección integral de esas otras víctimas de la violencia de género.

Palabras clave: víctima; menores; hijos; violencia de género; protección social; pensión de orfandad; prestación de orfandad; protección a la familia; violencia vicaria.

Recibido: 11-12-2023 / Revisado: 05-02-2024 / Aceptado: 15-02-2024 / Publicado (en avance *online*): 14-06-2024

Cómo citar: García Valverde, M. D. (2024). Atención y protección de las personas menores huérfanas y víctimas de violencia de género. Evaluación y resultados. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 85-113. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20211>



Care and protection of orphaned minors and victims of gender violence. Evolution and results

María Dolores García Valverde

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Subdirectora del Instituto de Migraciones.
Universidad de Granada (España)*
mgarciav@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>

Abstract

In the field of gender violence there are a series of so-called invisible victims, who suffer directly or indirectly from the violence carried out in their environment. For this reason, the Legal System must articulate a set of measures to protect these victims, who may become orphans in the event of the death of the mother subjected to gender violence. On December 28, 2024, two decades will have passed since the promulgation of Organic Law 1/2024. A lot has rained since then, despite the drought that has plagued our country for decades. The same has happened with gender violence. The purpose of this work is to highlight the articulated protection measures, with especial attention to the protection of orphaned daughters and sons. The number of minors who have been orphaned due to "the fault" of gender violence is increasing every day. In recent years, important "steps" have been taken, but they have not been enough to achieve comprehensive protection for these other victims of gender violence.

Keywords: victim; minors; sons; gender violence; social protection; orphan's pension; orphan's benefit; family protection; vicarious violence.

Received: 11-12-2023 / Revised: 05-02-2024 / Accepted: 15-02-2024 / Published (online preview): 14-06-2024

Citation: García Valverde, M. D. (2024). Care and protection of orphaned minors and victims of gender violence. Evolution and results. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 481, 85-113. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20211>



Sumario

1. Introducción. Punto de partida
 2. El «calado» de la realidad llamada «violencia de género»
 - 2.1. Delimitación general
 - 2.2. Acreditación de la violencia de género
 3. Las víctimas invisibles de la violencia de género: menores
 4. Regulación particular y reformas de la LGSS en la materia de protección de las otras víctimas de la violencia de género
 - 4.1. Comentario general de las primeras reformas relevantes
 - 4.2. Regulación y cambios a partir del Pacto de Estado contra la Violencia de Género
 - 4.3. Últimas novedades introducidas en 2022 y 2023
 5. Prestaciones que reciben las personas huérfanas: particularidades en los casos de violencia contra la mujer
 - 5.1. Delimitación general
 - 5.2. Pensión de orfandad
 - 5.3. Prestación de orfandad
 - 5.4. Otras particularidades comunes a la pensión y prestación de orfandad
 - 5.5. Compatibilidad de la pensión y prestación de orfandad
 6. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

«La madre prosiguió:

Cuídate y cuida la ropa, hijo. Bien sabes lo que a tu padre le ha costado todo esto. Somos pobres. Pero tu padre quiere que seas algo en la vida. No quiere que trabajes y padezcas como él. Tú puedes ser algo grande, algo muy grande en la vida, Danielín; tu padre y yo hemos querido que por nosotros no quede».

Miguel Delibes (*El Camino*)

1. Introducción. Punto de partida

La necesidad de proteger a los niños y a las niñas, con carácter general, está enunciada desde principios del siglo XX en importantes textos internacionales. Destaca la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, adoptada en el seno de la Sociedad de Naciones. Y tras la Segunda Guerra Mundial se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, que supuso una mejora en el ámbito de los derechos. Ello ocasionó que se pusieran de manifiesto las deficiencias en la Declaración de Ginebra, era preciso modificar dicha declaración. Optaron por elaborar una segunda Declaración de los Derechos del Niño, considerando nuevamente la noción de que «la humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle y ofrecerle». El 20 de noviembre de 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por los 78 Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas. Estos textos marcan el inicio de un largo camino inacabado.

La protección de los menores, hijas e hijos de mujeres víctimas de violencia de género, se lleva a cabo en dos ámbitos normativos distintos. Primero, el de la tutela de la infancia y adolescencia. Y segundo, el de la protección de víctimas de violencia de género. La preocupación por la protección de la infancia, en las circunstancias señaladas, ha dado lugar a que importantes textos internacionales, europeos y nacionales se manifiesten al respecto.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, señala la obligación estatal de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio mientras esté bajo la custodia de cualquier persona que le tenga a su cargo¹. Así dispone su artículo 3.1:

¹ Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990.

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En el ámbito de Europa, destaca el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España en junio de 2014. El llamado «Convenio de Estambul» obliga a los Estados firmantes a tomar las medidas necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el campo de aplicación del convenio. Supuso un avance importantísimo en el desarrollo posterior de la materia por los distintos Estados².

En la Unión Europea hay que traer a colación varios preceptos de los tratados constitutivos, entre otros, el artículo 2, con carácter general, y los artículos 3, 8, 10, 153 y 157. En los referidos preceptos existe un reconocimiento del respeto a la dignidad y a los derechos humanos, la igualdad entre mujeres y hombres y la prohibición de discriminación por razón de sexo o edad, entre otras. También existen varias directivas sobre la materia, destacando la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. También se refiere a la necesidad de especial apoyo y protección a las mujeres víctimas de violencia por motivos de género y sus hijos, ya que existe un elevado riesgo de victimización secundaria, de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia. Además, delimita el concepto de «violencia por motivos de género». Especial atención hay que prestar a la importante aportación mediante la organización de programas que previenen y combaten la violencia ejercida sobre los niños, adolescentes y mujeres³.

En el ordenamiento interno la protección de los menores está en el artículo 39 de la Constitución española (CE). Esa declaración programática ha dado lugar a múltiples normas reguladoras de los menores. A estos efectos, se trae a colación la Ley orgánica (LO) 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁴, y la LO 8/2021, de 4 de julio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Con esta ley se da cumplimiento a las observaciones que el Comité de Derechos del Niño ha dirigido a España. De esta forma, España está en el marco de los estándares internacionales para la protección a la infancia y a la adolescencia fijados por el Consejo de Europa. Del contenido

² Un comentario en Benavente Torres (2021, pp. 215-216).

³ En este sentido, los programas DAPHNE I (2000-2003), DAPHNE II (2004-2008) y DAPHNE III (hasta 2013) y el programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía» (2014-2020).

⁴ Hay que tener presentes los importantes cambios introducidos por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Los cambios afectan al sistema de protección frente a la violencia de género (LO 1/2004) y a la protección de menores de la LO 1/1996, a efectos de la tutela de hijos e hijas expuestos a esta violencia contra la mujer.

de la LO 8/2021 hay que destacar: primero, la dispensa del deber de denunciar y de declarar de las víctimas y testigos menores; segundo, la regulación de la prueba preconstituida, y tercero, los cambios introducidos en las medidas de protección⁵.

En la última década está adquiriendo especial relevancia el problema de la atención a las personas menores de edad que viven en ambientes de violencia familiar en los que los niños aparecen como especialmente implicados, concernidos y perjudicados, ya que la violencia de género no solo ataca a la mujer⁶. Para los menores, el lugar más seguro es su casa, su hogar, pero no siempre es así. En múltiples ocasiones es el espacio donde los niños y niñas pueden estar expuestos a hechos violentos, a negligencias, a maltrato tanto físico como psicológico o emocional.

En este trabajo se pretende poner de manifiesto cómo la violencia de género afecta a estas otras víctimas. También se analiza la protección social dispensada por nuestro sistema de Seguridad Social a las personas menores huérfanas.

2. El «calado» de la realidad llamada «violencia de género»

2.1. Delimitación general

La violencia de género supone una violación de los derechos humanos de las mujeres. También la Organización Mundial de la Salud se manifiesta al respecto y considera que es un grave problema de salud pública que está presente en todos los Estados del mundo y en los distintos ámbitos de la sociedad. Constituye «un problema de salud global de proporciones epidémicas».

La delimitación del concepto «violencia de género» se lleva a cabo con la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, Conferencia de Pekín o de Beijing, celebrada en 1995⁷. La conferencia constituye uno de los principales hitos en la materia y marcó un importante punto de inflexión para la agenda mundial de igualdad de género. Desde esta fecha se produce la extensión y generalización del término «violencia de género», llegando a ser el término que actualmente se identifica con todos los actos de violencia emprendidos contra la mujer en cualquier ámbito, ya sea público o privado⁸.

⁵ Así lo ha señalado Martín Nájera (2020).

⁶ Desde 2013 a 2023 han sido 49 los menores que han muerto por violencia de género. En el siguiente enlace se pueden ver algunos de los datos de menores víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre en España: [VM Menores Ficha por años \(fecha ultima victima\) \(igualdad.gob.es\)](https://www.igualdad.gob.es/temas/menores-victimas).

⁷ <https://www.un.org/es/conferences/women/beijing1995>.

⁸ Un comentario en Benito Benítez (2020).

La violencia de género es un fenómeno que tiene su manifestación más característica e intensa en el espacio privado, pero también existe en los espacios públicos, desde el político al empresarial⁹. La violencia, no solo la de género, sino en general la que se produce dentro de los hogares familiares, existe y constituye una lacra social, difícil de combatir, pues el entorno en que se produce dificulta la probanza de su existencia, la adopción de medidas preventivas y represivas.

El origen de esta violencia se encuentra en el reparto desigual de poder entre hombres y mujeres que sigue caracterizando a nuestra sociedad, se trata de un problema que afecta a las mujeres de todas las capas de la sociedad y frena en su conjunto el desarrollo de la sociedad democrática¹⁰. Por esta razón, una de las misiones más importantes de una política comunitaria basada en el respeto de los derechos humanos es impedir esos actos de violencia y crear procedimientos eficaces de educación, prevención, actuaciones judiciales y apoyo¹¹.

La complejidad de la violencia de género permite afirmar que ningún sistema podrá por sí mismo atajar este fenómeno, de modo que la ley debe ser evaluada de forma transversal, analizando cada sistema implicado y las interrelaciones entre ellos. Además, se debe señalar que para solucionar este problema, hay que tener presentes y aplicar todas las fuerzas de las que se dispone.

La violencia de género en el derecho es un fenómeno bastante reciente. Hasta hace pocas décadas no se ha dedicado atención a la misma. Quedaba al margen de todo interés, tanto del sistema jurídico como del social. Ello suponía ignorar las violaciones de los derechos fundamentales (la vida, la libertad, la igualdad, la no discriminación y la seguridad) que reconoce la CE de 1978.

La creación del Instituto de la Mujer (Ley 16/1983, de 24 de octubre) supone el punto de partida de las políticas de igualdad de género y, con posterioridad, se van aprobando los distintos planes para la igualdad de oportunidades para las mujeres y planes contra la violencia doméstica.

La promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección contra la violencia de género, hace posible la represión penal en España de la violencia de género de forma autónoma e individualizada, pues hasta entonces estaba integrada en las figuras

⁹ Para Lorente Acosta (2019), la violencia de género actúa como un instrumento necesario para construir y mantener la desigualdad. Erradicar la violencia de género exige una transformación social y cultural que acabe con el machismo.

¹⁰ Así tuve ocasión de analizarlo en mi trabajo publicado en 2007 (García Valverde, 2007), al que me remito.

¹¹ Para el Comité Económico y Social Europeo (Dictamen sobre «La violencia doméstica contra las mujeres», aprobado en sesión del 16 de marzo de 2006) es cierto que la principal responsabilidad en materia de lucha contra la violencia doméstica incumbe a los Estados miembros. La violencia doméstica contra las mujeres solo puede ser combatida eficazmente en el nivel nacional correspondiente.

delictivas destinadas al castigo de la violencia intrafamiliar o doméstica¹². Se trata de una LO innovadora, pionera, integral, transversal y multidisciplinaria. Viene a hacer frente a los casos más graves de discriminación que sufren las mujeres.

La LO 1/2004 tiene como objetivo hacer frente a la violencia contra las mujeres a través de diversas medidas orientadas a combatir las manifestaciones de la violencia en esos diversos ámbitos donde nace, se interioriza, transmite y ejerce¹³. Para ello habilita a los poderes públicos, establece nuevos órganos e instituciones cuya principal finalidad es enderezar sus competencias para responder adecuadamente a este fenómeno. Asimismo, modifica algunos preceptos del ordenamiento jurídico con el fin de proporcionar instrumentos jurídicos para hacer frente a dicho proceso, garantizando el ejercicio de derechos fundamentales, o estableciendo reformas procesales y judiciales consideradas pertinentes.

También se debe tener presente la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que da respuesta a las lesiones que puede sufrir el derecho fundamental de igualdad en las relaciones laborales. Tiene una orientación también transversal e integral del tratamiento de la igualdad y de la prohibición de la discriminación por sexo¹⁴.

El ámbito subjetivo de los derechos de la víctima de violencia de género, desde el principio, ha quedado limitado a la mujer víctima directa de la violencia de género, sin consideración alguna de otros sujetos que también pueden verse perjudicados. Uno de los sujetos que deben recibir especial atención son las hijas y los hijos de la mujer víctima. La repercusión de la violencia ejercida sobre la mujer en sus descendientes es, cada día, más evidente y queda confirmada en los datos que se incluyen en las estadísticas publicadas.

2.2. Acreditación de la violencia de género

Para una mejor delimitación de la protección de la descendencia de la mujer víctima, es preciso analizar, aunque sea brevemente, algunas materias conexas. Es el caso de la acreditación de la violencia de género.

¹² Véase Reyes Cano (2020, pp. 37 y ss.).

¹³ Se ha de tener presente que la LO 1/2004 considera que la violencia de género comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad». Ahora bien, se debe advertir que no todas las normas con contenidos laborales y sociales utilizan el concepto de violencia de género recogido en la LO 1/2004, sino que algunas de ellas, especialmente las autonómicas, utilizan un concepto más amplio al incluir casos como, por ejemplo, el acoso sexual, el tráfico o utilización de mujeres con fines de explotación sexual, prostitución y comercio sexual o la mutilación genital femenina.

¹⁴ Con carácter general también se debe tener presente la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación –Goñi Sein (2022)–. En su preámbulo menciona las distintas normas sobre la violencia de género, pero no introduce ninguna puntualización sobre la materia.

La regulación inicial que la LO 1/2004 realizaba de la acreditación de las situaciones de violencia de género ha mejorado bastante. Una de las reformas más importantes de la LO 1/2004 es la introducida por el Real Decreto-ley (RDL) 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. La reforma cambia el artículo 23 para concretar y ampliar los títulos habilitantes para acreditar la condición de víctima de violencia de género. Ya se admiten títulos no judiciales para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco se haya iniciado un proceso judicial. Por tanto, se puede acudir a cualquier medio de prueba admitido en derecho¹⁵.

Tras la reforma, el elemento más controvertido ha sido el momento en el que habrá de acreditarse la condición de violencia de género. La doctrina judicial se ha manifestado de forma estricta, a veces. Pero la mayoría de las resoluciones hace una interpretación más flexible. Se concluye que la LGSS ha querido privilegiar el acceso a las víctimas de violencia de género a la pensión de viudedad, primero, no exigiendo el requisito de pensión compensatoria, y, segundo, admitiendo como medio de prueba para la acreditación de la condición no solo los títulos de carácter judicial previstos en el artículo 23 de la LO 1/2004, sino cualquier otro documento¹⁶.

Por tanto, la doctrina fijada por nuestros tribunales de justicia es cada vez más flexible a la hora de interpretar los requisitos que deben cumplirse para obtener una prestación cuando existe violencia de género. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cantabria 768/2022, de 4 de noviembre, confirma el derecho a la pensión de viudedad de una mujer víctima de violencia de género por estimar que se ha acreditado dicha condición, en concreto, por considerar que sí concurre el elemento cronológico (la coincidencia en el tiempo de la violencia y el divorcio)¹⁷.

También destaca la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 908/2020, de 14 de octubre, en la que el tribunal considera que no puede exigirse a las uniones de hecho en las que ha habido malos tratos que la mujer conviva con su pareja hasta el fallecimiento. Supone discriminación con respecto a las divorciadas o separadas a las que no se les exige dicha convivencia final. Es contrario a la protección de la mujer porque realmente lo primero que se rompe cuando hay malos tratos en el ámbito doméstico es la convivencia.

Por otro lado, aunque el objetivo de este estudio no es analizar la protección de la mujer en caso de violencia de género, hay que insistir en algunas cuestiones, dada su trascendencia para sus descendientes. Por tanto, se traen a colación algunos de los

¹⁵ Relacionar el artículo 23 de la LO 1/2004 y el artículo 220.1 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS).

¹⁶ Véase un comentario en Nieto Rojas (2022).

¹⁷ Sentencia comentada por Rodríguez Pastor (2023).

últimos cambios en la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio. Como regla general, es necesario que el excónyuge sea acreedor de la pensión compensatoria. Ahora bien, este requisito no se exige a las mujeres víctimas de la violencia de género (art. 220.1 LGSS)¹⁸. De esta forma, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de la pensión compensatoria, puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho (art. 221.3 LGSS)¹⁹.

También hay que traer a colación, en lo que afecta al maltratador-agresor²⁰, que se niega la condición de beneficiario de las prestaciones por muerte y supervivencia a quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas cuando la víctima fuera el sujeto causante de la pensión (231.1 LGSS). Además, no se le abona la pensión de orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos menores de edad. La disposición adicional primera, sobre pensiones y ayudas, de la LO 1/2004 se pronuncia sobre esta materia. Pero también lo hace el artículo 234 de la LGSS, dedicado a establecer unas reglas particulares para el abono de las pensiones de orfandad, en determinados supuestos. El régimen jurídico establecido por ambas normas es distinto, lo que ha dado lugar a disparidad de interpretaciones. Ello será analizado en epígrafe posterior al tratar la pensión y prestación de orfandad.

3. Las víctimas invisibles de la violencia de género: menores

Los niños y niñas víctimas de violencia de género han sido las víctimas invisibles de esta lacra social siempre. Ahora bien, desde fechas muy recientes se están adoptando medidas tendentes a conseguir una cierta visibilidad. Han vivido el drama mayor que puede soportar un ser humano: ver cómo tu padre asesina a tu madre²¹.

La exposición de motivos del texto originario de la LO 1/2004 puso de manifiesto la necesidad de protección de los menores, ya que señalaba lo siguiente: «las situaciones de

¹⁸ Repárese que la Ley 21/2021 ha equiparado el régimen jurídico de las uniones maritales y de las parejas de hecho. Para ello, primero, ha suprimido la exigencia de acreditar una convivencia estable y notoria durante un periodo de 5 años en el caso de que existan hijos en común; segundo, ha eliminado el requisito de dependencia económica, y, tercero, ha reconocido el derecho a la pensión a los exconvivientes en los mismos términos en los que se protege a los excónyuges.

¹⁹ Hay que traer a colación, entre otras, la STS de 14 de octubre de 2020 (rec. 2753/2018). La reforma de la LGSS incluye esta doctrina de nuestros tribunales. Así lo reitera Aragón Gómez (2022).

²⁰ Sobre la figura del maltratador debe tenerse presente mi trabajo publicado en 2014 (García Valverde, 2014).

²¹ De especial interés es la consulta de Tagar (2019).

violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia». Pero la perspectiva desde la que se consideraba a los menores era insuficiente y sesgada, no se les consideraba como verdaderas víctimas de la violencia de género.

La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²², reforma el artículo 1 de la LO 1/2004 para reconocer a los menores víctimas de la violencia de género. Desde este momento se trata de visibilizar como víctimas a los menores²³.

Se debe conseguir articular un sistema de protección integral atendiendo tanto a la naturaleza de la violencia de género como a los derechos de los menores, a su interés superior, a la audiencia y a su protección frente a la doble victimización²⁴.

Otro avance, uno de los más importante y demandados, se produce con la promulgación de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer. Esta ley introduce profundas reformas en el sistema de protección de las víctimas de la violencia de género y, además, da lugar a otras reformas posteriores tras la puesta de manifiesto de sus deficiencias.

Los importantes avances se consiguen cuando los hijos y las hijas de las mujeres víctimas de la violencia de género tienen la condición de víctimas directas de esta violencia. En este sentido, la Ley 3/2019 creó una nueva prestación de orfandad para los supuestos en los que el menor se encontrase en una circunstancia equiparable a una orfandad absoluta y la madre fallecida por violencia de género no reuniera los requisitos necesarios para generar la pensión de orfandad. La cuantía de esta prestación también mereció un tratamiento especial, pues asciende al 70 % de la base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 % del salario mínimo interprofesional (SMI) vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Otra manifestación de los menores como víctimas es en el caso de la violencia vicaria, que es considerada violencia de género. La violencia vicaria es aquella que tiene como

²² Además, téngase presente la Ley 26/2015, de 28 de julio, que también modifica del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²³ Ya con anterioridad nuestros tribunales de justicia venían declarado la existencia de otras víctimas de la violencia de género y su posible protección reconociendo el derecho a una pensión de orfandad absoluta –Miñarro Yanini (2014)–.

²⁴ En este sentido, Sáez Lara (2021).

objetivo dañar a la mujer a través de sus seres más queridos, especialmente de sus hijas e hijos. El último eslabón en el reconocimiento de que los menores son víctimas no solo presenciales sino con frecuencia instrumentales de la manifestación más cruel, atroz e inhumana de la violencia sobre la mujer, la violencia vicaria, es la inclusión en el artículo 1 de la LO 1/2004 de un apartado 4.º con el siguiente contenido:

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 primero²⁵.

4. Regulación particular y reformas de la LGSS en la materia de protección de las otras víctimas de la violencia de género

4.1. Comentario general de las primeras reformas relevantes

La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, mejoran la atención y la protección de los hijos y las hijas de las mujeres víctimas de violencia de género, así como de los menores víctimas de otras formas de violencia, en particular, de la trata de seres humanos.

Se promulga la Ley 26/2015, de 28 de julio, con el fin de mejorar los instrumentos de protección jurídica de la infancia y adolescencia y constituir una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Con la reforma se pretende adaptar los instrumentos de protección de menores a todos los cambios sociales y dar cumplimiento al mandado del artículo 39 de la CE y los instrumentos internacionales ratificados por España²⁶.

En lo que afecta a la materia objeto de análisis, se modifica la LGSS para impedir el acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia a quienes sean condenados por la comisión de un delito doloso de homicidio cuando la víctima sea el sujeto causante de

²⁵ El nuevo párrafo es introducido en la LO 1/2004 por la disposición final décima de la LO 8/2021.

²⁶ También hay que señalar que las medidas establecidas por la LO 8/2015 y, principalmente, por la Ley 26/2015 se complementan con las disposiciones sobre menores previstas en la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, consistentes en que el personal de los equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, tendrá formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica.

la prestación y para aumentar la pensión de orfandad de los hijos de la persona asesinada, que podrán cobrar la pensión de orfandad absoluta²⁷. El análisis de estos cambios se realizará en epígrafe posterior.

4.2. Regulación y cambios a partir del Pacto de Estado contra la Violencia de Género

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género (aprobado por el Congreso en sesión plenaria del 28 de septiembre de 2017)²⁸ y, posteriormente, el RDL 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, dedican parte de su contenido a la fijación de la protección de estos menores. En definitiva, se refuerzan los derechos de protección social²⁹.

Entre los ejes de actuación del pacto se debe destacar el eje 4: «La intensificación de la asistencia y protección de menores». Ya se habla de víctimas directas y es necesario ampliar y mejorar las medidas existentes e implantar nuevas prestaciones en los casos de orfandad³⁰. Entre las medidas que se han adoptado para hacer efectivo este eje 4 están: la Medida 200 («Garantizar una prestación a todos los huérfanos y huérfanas por violencia de género a través del reconocimiento expreso –a efectos de la generación del derecho a la pensión de orfandad– de que la madre causante víctima de violencia de género sea considerada en alta o situación asimilada a la de alta; y aplicar un incremento de hasta el 70 % de la base reguladora en el caso de que la madre sí cumpliera los requisitos mínimos de cotización, cuando los ingresos de la unidad familiar de convivencia se situaran por debajo del 75 % del SMI») y la Medida 201 («Establecer mecanismos que aseguren que las pensiones de orfandad que puedan corresponder a los hijos e hijas de víctimas de violencia

²⁷ Repárese en que las modificaciones se introducen en el texto de la LGSS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

²⁸ En 2019 se completa el texto con las medidas del Congreso y del Senado, puede consultarse en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf

²⁹ Resulta interesante tener presente la crítica contenida en Fernández Rodríguez de Liévana (2019) sobre la lentitud de la puesta en marcha de las medidas contenidas en el Pacto de Estado.

³⁰ Dispone el eje 4:

La protección específica de los y las menores parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los casos de orfandad como consecuencia de la violencia de género; de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores; de fomentar las actuaciones de refuerzo en el ámbito educativo y de impulsar la especialización de los puntos de encuentro familiar para los casos relacionados con la violencia de género.

de género, con el incremento previsto en la disposición adicional primera de la LO 1/2004, puedan ser disponibles de forma inmediata con las oportunas garantías para abonar los gastos a que deban hacer frente, sin perjuicio de lo que dispongan con posterioridad las resoluciones judiciales»).

También destaca el eje 6, dedicado al seguimiento estadístico de todo lo relacionado con la violencia de género, como establece el Convenio de Estambul. Seguimiento que también se hará de todo lo que afecte a los menores en este ámbito. Ante lo que se adopta la correspondiente medida³¹.

Las medidas propuestas por el pacto son cumplidas con la promulgación de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer. La Ley 3/2019 modificó la LGSS y la Ley de Clases Pasivas. La principal novedad que introduce la Ley 3/2019 es el reconocimiento de una nueva prestación por orfandad (no contributiva) junto a la pensión de orfandad (de naturaleza contributiva). Ello supuso un cambio relevante en la mejora de protección de las personas huérfanas fruto de la violencia de género, pero con el paso del tiempo se ha comprobado su insuficiencia.

4.3. Últimas novedades introducidas en 2022 y 2023

Los años 2022 y 2023 han sido determinantes para la delimitación de las violencias ejercidas sobre la mujer y su repercusión en las personas de su entorno, especialmente las personas menores³². Se van a destacar las normas que inciden directamente en la protección de las otras víctimas.

Primero. LO 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género. Se trata de una norma que viene a subsanar las importantes deficiencias que se estaban poniendo de manifiesto tanto por nuestros tribunales de justicia como por la doctrina científica.

Con carácter general, las mejoras introducidas son: 1. Ampliar las medidas de asistencia y protección de los hijos e hijas de la mujer fallecida como consecuencia de la violencia de género. 2. Facilitar el acceso a las indemnizaciones y a los bienes y derechos hereditarios en relación con la legitimación para instar la liquidación de la sociedad de gananciales.

³¹ «Medida 234: establecer que el Gobierno asegure el seguimiento estadístico sobre el impacto que la violencia de género tiene en los hijos e hijas menores, y singularmente a través de un registro con la recogida de datos de niños y niñas asesinados junto a sus madres, así como un registro de orfandad asociada a la violencia de género».

³² Cabero Morán (2023) destaca las principales novedades de estas reformas.

3. Establecer una exención del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. 4. Introducir una presunción de abandono de la responsabilidad familiar en la LGSS y en la Ley de Clases Pasivas del Estado³³.

La finalidad de la LO 2/2022 es la eliminación de las incertidumbres normativas y los obstáculos que tienen los huérfanos de la violencia de género para paliar, en parte, la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran³⁴.

Señala el preámbulo de la LO 2/2022 que:

La Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, supuso un cambio sustancial en la mejora de protección de las personas huérfanas como consecuencia de la violencia de género al crear una nueva prestación de orfandad para los supuestos en los que la mujer fallecida no se encontrase en alta o situación asimilada al alta o no tuviera cotizaciones suficientes para generar la pensión.

Continúa en esta línea la LO 2/2022, que introduce cambios en sus artículos quinto y sexto. En el quinto se modifican los artículos 216 y 224 de la LGSS a fin de introducir una nueva regulación del derecho a la pensión de orfandad y al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta y, en su caso, a la prestación de orfandad, en el que se tiene en cuenta expresamente, entre otros cambios relevantes, el supuesto en el que «la muerte por violencia contra la mujer de la causante de la pensión o prestación de orfandad hubiera sido producida por un agresor distinto del progenitor de los hijos e hijas de la causante» (art. 224.2 LGSS, párr. 2.º). Establece, por último, que,

a los efectos previstos en este artículo, se presumirá la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono de la responsabilidad familiar del progenitor supérstite y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente.

En el artículo sexto se añade un nuevo apartado 10 al artículo 42 de la Ley de Clases Pasivas del Estado para dotarle de un contenido igual al del citado artículo 224.2 de la LGSS.

La LO 2/2022, de 21 de marzo, trata de hacer una asignación más eficiente de los recursos, procurando el acceso a estas prestaciones a un mayor número de huérfanos, sobre

³³ En este sentido, Sanz Sáez (2022).

³⁴ Sobre la finalidad de la nueva ley véase Ramón Fernández (2022, p. 73).

todo a aquellos que se encuentran en una situación de pobreza y mayor vulnerabilidad. Así, el derecho a la pensión de orfandad y al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta y, en su caso, a la prestación de orfandad, se mantiene en el supuesto de que los menores sean adoptados. Aunque en este último caso es posible la suspensión del derecho si aumentan los rendimientos de la familia, como se estudiará en epígrafe posterior. Otro cambio relevante introducido por esta ley es que también se reconoce el derecho a la pensión de orfandad con el incremento que correspondiese o, en su caso, la prestación de orfandad cuando la muerte hubiera sido producida por un agresor distinto del progenitor y este se hiciese cargo de la responsabilidad parental, aunque también en estos casos habrá que estar a los rendimientos de la unidad de convivencia para consolidar el derecho o no.

Por último, la disposición adicional única de la LO 2/2022 encomienda al Gobierno la obligación de difundir, dar publicidad, de la existencia del derecho reconocido. De esta forma se da cumplimiento al eje 4 del Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

Segundo. LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Como no podía ser de otra forma, el contenido de esta ley afecta a la materia objeto de este trabajo.

La LO 10/2022 supone un cambio profundo desde todos los ámbitos. Va a ofrecer un nuevo planteamiento legal y, también, un nuevo modelo institucional y de definición y adopción de políticas y medidas preventivas y de garantía y promoción de la libertad sexual. Además, articula un nuevo modelo de atención a las víctimas de las violencias sexuales. Como ha afirmado parte de la doctrina, esta ley ha puesto en marcha medidas integrales e interdisciplinarias que suponen modificar la mayor parte de normas del ordenamiento social (Álvarez Cuesta, 2023).

Los derechos laborales, funcionariales y de Seguridad Social reconocidos a las víctimas de las violencias sexuales, con proyección algunos de ellos en el trabajo autónomo, se introducen en las normas legales correspondientes, acudiendo casi siempre a la inclusión de estas víctimas en artículos que pasan a compartir con las víctimas de la violencia de género y las víctimas del terrorismo.

De la LO 10/2022, a los efectos de este trabajo, es preciso destacar el artículo 3, que señala el ámbito de aplicación de la ley³⁵. Y, principalmente, el artículo 54, que específicamente

³⁵ «Artículo 3. Ámbito de aplicación.

1. El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como

se refiere a la pensión de orfandad y prestación de orfandad (« En los casos de muerte en el marco de alguna de las conductas previstas en el apartado 1 del artículo 3, los hijos e hijas de las víctimas, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, podrán percibir una pensión, o, en su caso, una prestación de orfandad, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre»).

En la interpretación de la LO 10/2022 también se debe tener presente la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, pues modifica el ordenamiento laboral eliminando alguna de las referencias a las víctimas de las violencias sexuales introducida por la LO 10/2022³⁶. Si bien la reforma no afecta a la materia de la protección de los menores, objeto de este estudio.

Tercero. La Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2023. Como viene siendo habitual, las distintas leyes de presupuestos inciden en la intensidad de la protección que dispensa nuestro sistema de Seguridad Social.

Dos cuestiones hay que destacar:

La primera: reglas especiales para la revalorización de las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer. Señala la Ley 31/2022:

Las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer, previstas en el tercer párrafo del artículo 224.1 [...] de la Ley general de la Seguridad Social, [...], experimentarán en 2023 un incremento igual al que se apruebe para el salario mínimo interprofesional para dicho año³⁷.

homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.

En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el título VIII del libro II de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil, en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos».

³⁶ Para un estudio de la Ley 4/2023 y los cambios introducidos es interesante acudir a Ramos Quintana (2023).

³⁷ Consúltense el artículo 44.Tres. Revalorización de las pensiones no contributivas y otras prestaciones de la Seguridad Social de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

Según el Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el SMI para 2023, la subida es del 8 %.

Y la segunda: hay cambios en el régimen de las clases pasivas. Se modifica la Ley de Clases Pasivas del Estado dando nueva redacción a los apartados 1 y 2 y añadiendo un nuevo apartado 5 al artículo 41. Se depuran las diferencias con respecto a la pensión y prestación de orfandad por violencia de género³⁸.

Por último, de los continuos cambios a los que se ve sometida la Seguridad Social, en el ámbito objeto de análisis, se debe también hacer referencia al RDL 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de los derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

El RDL 2/2023 introduce modificaciones en el artículo 234 de la LGSS que afectan a la pensión de orfandad en general. Se trata de dos pequeñas modificaciones del precepto: primera, la relativa a un caso específico de abono de la pensión de orfandad cuando dicha pensión está causada por el fallecimiento de una persona a consecuencia de la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas y, segunda, la que refleja la obligación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de la pensión de orfandad, así como toda resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el progenitor es responsable de un delito doloso de homicidio. Todo ello con el fin de determinar la persona o institución a la que se le abona la pensión de orfandad³⁹.

5. Prestaciones que reciben las personas huérfanas: particularidades en los casos de violencia contra la mujer

5.1. Delimitación general

La acción protectora del sistema de la Seguridad Social está recogida en el artículo 42 de la LGSS. En este precepto ya se alude a la pensión de orfandad y a la prestación de orfandad. La protección en caso de muerte y supervivencia, en el régimen general de la Seguridad Social, está regulada en los artículos 216 a 234 de la LGSS (capítulo XIV del título II). Ahora bien, los preceptos concretos dedicados a la protección de las personas huérfanas

³⁸ Consúltense la disposición final cuarta de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

³⁹ Un extenso análisis de la nueva norma en González Ortega y Barcelón Cobedo (2023).

son los artículos 216, 224, 225, 228 y, con carácter general también, los artículos 230 a 234, sometidos a importantes y constantes reformas.

Otra cuestión que debe ser comentada, dada su relevancia, es la diferente regulación de la pensión de orfandad en la Ley de Clases Pasivas del Estado y en el régimen general de la Seguridad Social hasta fechas muy recientes. Las diferencias entre ambas normativas afectaban al reconocimiento y duración de la pensión de orfandad. Pero estas diferencias han sido suprimidas, principalmente, por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021, que modificó la redacción del apartado 2 del artículo 41 de la Ley de Clases Pasivas del Estado y lo hizo para recoger la misma previsión contenida en la LGSS⁴⁰. Por tanto, desde el 1 de enero de 2021 no hay diferencia en las condiciones de acceso al derecho a la pensión de orfandad en el régimen general de la Seguridad Social y en el régimen de clases pasivas⁴¹. Todo ello, sin perjuicio de los últimos cambios ya comentados introducidos por la Ley de presupuestos generales del Estado para 2023, que reconoce la misma regulación en ambos regímenes.

También hay que traer a colación, ya que puede influir en los derechos de los menores huérfanos en caso de violencia de género, el criterio general de nuestra jurisprudencia sobre la ampliación de las situaciones asimiladas al alta. Un caso es el señalado por la STS 954/2018, de 7 de noviembre: reconocimiento de pensión de orfandad tras fallecimiento del causante en accidente de tráfico mientras era perceptor de subsidio por desempleo para excarcelados, pues se considera situación asimilada al alta. Nuestro Tribunal Supremo en esta resolución realiza una objetivación de uno de los requisitos que habilitan al causante para generar el derecho de sus descendientes a la pensión de orfandad⁴².

5.2. Pensión de orfandad

Tradicionalmente la pensión de orfandad trataba de subvenir la situación de necesidad en la que quedan los hijos, menores de una determinada edad o incapacitados cualquiera que sea su edad, como consecuencia del fallecimiento del padre o de la madre, o de ambos, siempre que estos hayan cumplido con los requisitos generales. Si bien, con el paso del tiempo, la evolución de la sociedad española y del mercado de trabajo, el fundamento y la finalidad de esta pensión han cambiado. Ya no tiene como finalidad única la cobertura de situaciones de necesidad efectiva, como se comprobará seguidamente.

⁴⁰ Así quedó establecido en la disposición final sexta.Tres de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021.

⁴¹ Es interesante, para ver las diferencias y la evolución hasta la equiparación de regulación, consultar a Aguilera Izquierdo y Cristóbal Roncero (2021).

⁴² Esta doctrina ha sido comentada por Elorza Guerrero (2019).

Los beneficiarios de la pensión de orfandad son los hijos e hijas de la causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación. Deben ser menores de 21 años o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Cuando el huérfano no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente del SMI, la edad se amplía hasta los 25 años. Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico.

La determinación de la base reguladora en el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia va a depender del origen común o profesional de la contingencia determinante del fallecimiento, así como de la situación activa o pasiva del sujeto causante. Pero, específicamente, cuando la causante es una mujer víctima de violencia de género, la base reguladora de la pensión de orfandad será, según fija el segundo párrafo del artículo 228 de la LGSS, la base mínima de cotización de entre todas las existentes vigente en el momento del hecho causante⁴³.

La cuantía de la pensión de orfandad causada por la víctima de violencia contra la mujer se incrementa por la reforma introducida en la LGSS por la Ley 3/2019. Por tanto, tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los supuestos de orfandad absoluta. Así, el huérfano tendrá una pensión del 70 % de la base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen no superen en cómputo anual el 75 % del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Cuando haya más de una persona beneficiaria de la pensión de orfandad, el importe conjunto de todas las pensiones puede alcanzar hasta el 118 % de la base reguladora y, en ningún caso, será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares.

La muerte por violencia contra la mujer puede llevarla a cabo un agresor distinto del progenitor de los hijos e hijas de la causante. También en estos casos se reconocerá el derecho a la pensión de orfandad con el incremento que correspondiese o, en su caso, la prestación de orfandad, como se reiterará en el siguiente epígrafe. Pero además es necesario que los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran todos los miembros, incluidos

⁴³ Repárese que este segundo párrafo fue añadido al artículo 228 de la LGSS por la reforma introducida por la Ley 3/2019, de 1 de marzo.

los huérfanos, no superen en cómputo anual el 75 % del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Cuando los ingresos superen los límites, se suspende el derecho a su percibo⁴⁴.

5.3. Prestación de orfandad

Se trata de una nueva prestación introducida por Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer. La Ley 3/2019 reconoce esta nueva prestación modificando el artículo 216 de la LGSS, dedicado a establecer las prestaciones en caso de muerte y supervivencia. Concretamente, reconoce el derecho a esta prestación de orfandad en el artículo 216.3 de la LGSS. Y también la Ley 3/2019 modifica, entre otros, el artículo 224 de la LGSS, que desarrolla el régimen jurídico aplicable. Se creó una prestación de orfandad para los casos en que la mujer fallecida no estuviera dada de alta o en situación asimilada a la misma o no hubiera cotizado lo suficiente para generar una pensión de orfandad, es decir, no cumpliera los requisitos generales para la pensión.

Se trata de una prestación subsidiaria de la pensión de orfandad que se establece para los casos en los que no se reúnan los requisitos precisos para poder tener derecho a la pensión de orfandad.

La prestación por orfandad tiene naturaleza de prestación no contributiva y su financiación será por la vía de presupuestos generales del Estado, así lo fijó la disposición adicional primera de la Ley 3/2019.

Se ha observado, con el paso del tiempo, que la medida nacida en 2019 no cumplía, totalmente, su propósito y no llegaba de forma adecuada a todos los potenciales beneficiarios. Por ello, la LO 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género, viene a reformar la materia con el fin de que puedan acceder a las pensiones y prestaciones el mayor número de personas huérfanas por violencia de género, especialmente las que están en situación de pobreza extrema y vulnerabilidad.

Tendrán derecho a esta prestación de orfandad, en régimen de igualdad, las hijas e hijos, cualquiera que sea su filiación, de las mujeres fallecidas como consecuencia de la violencia de género y, en todo caso, cuando se deba a la comisión contra la mujer de alguno de los supuestos de violencias sexuales determinados por la LO de garantía integral de la libertad

⁴⁴ Así lo señala el artículo 224.2, párrafo segundo, de la LGSS.

sexual⁴⁵, siempre que dichos descendientes se encuentren en circunstancias equiparables a la orfandad absoluta y además no tengan derecho, por no reunir los requisitos, a una pensión de orfandad, en los términos señalados con anterioridad.

Por tanto, los requisitos particulares que deben cumplir los sujetos beneficiarios de esta prestación son: primero, que se encuentren en una situación equiparable a la orfandad absoluta y, segundo, que no tengan derecho a la pensión de orfandad.

El requisito de la orfandad absoluta es el más complejo. La LGSS (art. 224.2, párr. 6.º) establece una presunción de que existe

la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono de la responsabilidad familiar del progenitor superviviente y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente.

También se considera que existe orfandad absoluta cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad por aplicación de la normativa de protección contra la violencia de género.

Con carácter general, el Alto Tribunal está interpretando la situación de orfandad absoluta de forma muy flexible. Así, se trae a colación la STS 700/2022, de 7 de septiembre. El tribunal permite el acrecimiento de la pensión por orfandad como supuesto asimilado a la orfandad absoluta en un caso de privación judicial de la patria potestad al progenitor vivo. En esta sentencia se resuelve un caso inédito. Se trata del acrecimiento de la pensión por orfandad (se concede el 72 % de la base reguladora y no el 20 % habitual) a partir de la pensión por viudedad sin persona beneficiaria con derecho a la misma en un supuesto de progenitor (padre) que está vivo, pero ha sido privado judicialmente de la patria potestad por desatención reiterada de las obligaciones paternofiliales, según el artículo 170 del Código Civil. La sentencia considera que este caso merece la asimilación a la orfandad absoluta del artículo 38 del Decreto 3158/1996⁴⁶.

Como se ha señalado en el apartado anterior, al determinar la cuantía de la pensión de orfandad, cuando la causante es una mujer víctima de la violencia de género, la base reguladora de la prestación de orfandad será, según fija el 2.º párrafo del artículo 228 de la

⁴⁵ La extensión del ámbito de aplicación a las víctimas de violencia sexuales se lleva a cabo por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, así se ha comentado en el epígrafe anterior. También pueden consultarse los artículos 3 (ámbito de aplicación) y 54 (pensión de orfandad y prestación de orfandad) de la LO 10/2022.

⁴⁶ Esta sentencia ha sido ampliamente comentada por la doctrina científica y pone de manifiesto una opinión crítica frente al fallo. Así, Nieto Rojas (2023) y también un breve comentario en Cabero Morán (2022).

LGSS, la base mínima de cotización de entre todas las existentes vigentes en el momento del hecho causante⁴⁷.

Para determinar la cuantía de la prestación de orfandad hay que aplicar el 70 % de su base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen no superen en cómputo anual el 75 % del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias⁴⁸.

Ahora bien, en el caso de que haya más de una persona beneficiaria de esta prestación, el importe conjunto de todas las prestaciones puede alcanzar hasta el 118 % de la base reguladora y, en ningún caso, será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares⁴⁹.

5.4. Otras particularidades comunes a la pensión y prestación de orfandad

Al solicitar la pensión de orfandad se deben presentar una serie de documentos. Junto a esos documentos generales, en el caso de causantes fallecidas como consecuencia de violencia contra la mujer, hay que presentar además los documentos acreditativos de dicha circunstancia (sentencia firme, resolución judicial de la que se desprendan indicios de que el delito investigado es por violencia contra la mujer o informe del Ministerio Fiscal en este sentido). Los medios admitidos para acreditar la violencia de género han sido analizados en este trabajo, en epígrafe anterior, al que se hace remisión. Por tanto, se puede concluir que a nuestros efectos se acredita la existencia de violencia de género con cualquier medio de prueba admitido en derecho.

Si la solicitud de la prestación se realiza por extranjeros residentes en España, además de la documentación general, para un posible reconocimiento de la prestación de orfandad es preciso aportar el certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros o Tarjeta de Identidad de Extranjeros.

El abono de la pensión o prestación de orfandad se le hará al propio beneficiario, siempre que sea mayor de edad y no esté incapacitado. En los otros casos, cuando es menor

⁴⁷ Repárese en que este segundo párrafo fue añadido al artículo 228 de la LGSS por la reforma introducida por la Ley 3/2019, de 1 de marzo.

⁴⁸ Así lo fija el artículo 224.1, párrafo tercero, de la LGSS.

⁴⁹ Puntualizaciones introducidas por la Ley 3/2019, que añade un párrafo 4.º al artículo 224.1 de la LGSS.

de 18 años o mayor de edad incapacitado judicialmente, se le abonará a quien tenga a su cargo al huérfano, en tanto se cumpla la obligación de mantenerlo y educarlo.

Los artículos 231 a 234 de la LGSS establecen previsiones para evitar el pago de prestaciones de muerte y supervivencia a los condenados por sentencia firme por la comisión de un «delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas» en aquellos casos en los que la víctima es el sujeto causante de la prestación.

A pesar de que la LGSS y también la LO 1/2004 se pronuncien sobre estas cuestiones particulares, existen supuestos no regulados o que deben ser interpretados, pues los términos utilizados por cada norma son distintos. Por tanto, tienen que ser resueltos en el caso concreto. Sin duda, se trata de una materia que da lugar a una amplia conflictividad. Por ello el interés de traer a colación la opinión del INSS. El INSS se ha manifestado, recientemente, sobre esta cuestión en el Criterio de Gestión 16/2023, de 14 de julio de 2023, sobre el abono de la pensión o prestación de orfandad al representante legal del huérfano en los casos de violencia de género. La duda surge, y por ello se plantea la cuestión ante el INSS, debido a las diferencias entre el régimen establecido en la disposición adicional primera de la LO 1/2004 y la LGSS (art. 231.1, sobre impedimento para ser beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia, y art. 234, sobre el abono de las pensiones de orfandad, en determinados supuestos).

Asunto planteado:

Si es posible abonar la pensión o la prestación de orfandad correspondiente al huérfano al progenitor que ha sido condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de lesiones por violencia de género contra la causante, pero ostenta la patria potestad y aporta el certificado de cancelación de los antecedentes penales, sin que haya habido reconciliación.

La respuesta del INSS es clara:

La cancelación de los antecedentes penales del agresor o su rehabilitación penal despliega su eficacia en el ámbito penal, así como en otros órdenes jurídicos, pero no alcanza a su inclusión legal en el disfrute de los beneficios del sistema de la Seguridad Social que pudieran causarse a partir del fallecimiento de la víctima ni a obviar que el precepto que nos ocupa establece que la pensión de orfandad no será abonable «en ningún caso». Por consiguiente, también en estos supuestos debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de la pensión/prestación de orfandad, así como la denegación de su abono al padre por los motivos indicados, a efectos de que se designe un representante del beneficiario a quien pueda abonarse.

Por otro lado, es preciso detenerse en la suspensión de derechos. Se producirá la suspensión de derechos (el derecho a la pensión de orfandad y al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta y, cuando corresponda, a la prestación de orfandad) cuando haya adopción de los hijos e hijas de la causante fallecida como consecuencia de violencia de género. Pero además es preciso que los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran, divididos por el número de miembros que la componen, incluidas las personas huérfanas adoptadas, no superen en cómputo anual el 75 % del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias⁵⁰.

Los efectos de la suspensión se producen al día siguiente de manifestarse la causa de suspensión.

Los derechos del huérfano que se han visto suspendidos pueden ser recuperados cuando los ingresos no superen los límites establecidos. Pero para recuperarlos hay que solicitarlo, además dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de disminución de los ingresos, y produce efectos desde el día siguiente a aquel en el que los ingresos son menores. Si no se cumplen los plazos, los derechos se recuperan, pero con una retroactividad máxima de 3 meses, a contar desde la solicitud⁵¹.

5.5. Compatibilidad de la pensión y prestación de orfandad

Tanto la pensión de orfandad como la prestación de orfandad son compatibles con la obtención de rentas del trabajo o pensión de viudedad por parte del que sea o haya sido cónyuge del causante y también con la obtención de rentas del trabajo por el huérfano. También es compatible con la pensión de viudedad que aquel perciba.

La pensión de orfandad con causa en el fallecimiento como consecuencia de violencia contra la mujer será compatible con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social. Ello supone una excepción frente a lo previsto en general, cuando no existe violencia de género⁵².

La LGSS también regula el supuesto de los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad. En cuyo caso, podrán optar entre una u otra.

⁵⁰ Así está establecido en el artículo 224.2, párrafo 1.º, de la LGSS.

⁵¹ Artículo 224.2, párrafo 4.º, de la LGSS.

⁵² Excepción que está establecida en el párrafo 2.º del artículo 225.1 de la LGSS.

Pero cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los 18 años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad o, en su caso, con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena⁵³.

Existe un supuesto de incompatibilidad entre las distintas pensiones o prestaciones de orfandad que se puedan devengar. Se produce en el caso de que exista adopción del huérfano y el mismo mantenga su pensión o prestación de orfandad generada por la muerte de su madre en caso de violencia de género, ya que cumple los requisitos. Pero tras el fallecimiento de una de las personas adoptantes y generar una nueva pensión o prestación de orfandad, será incompatible con la pensión o prestación de orfandad que se venía percibiendo, debiendo optar por una de ellas⁵⁴.

6. Reflexiones finales

Cuando una persona menor pierde a uno o a los dos progenitores, le causa una situación de desarraigo y le sitúa en un estado de necesidad que deben ser atendidos desde cualquier ángulo. Pero si esta pérdida se produce en una situación de violencia de género, el desamparo y las necesidades de atención que tienen quienes los sufren son mayores.

El mundo de la empresa o de la fábrica ha sido durante años un mundo discriminatorio, al menos en nuestro país, donde la presencia de mujeres ha sido reducida, limitada en muchos casos a trabajos específicamente femeninos y donde no se consideraba que el trabajo de la mujer tuviera la misma importancia que el del hombre. Hay que hacer hincapié en las situaciones de desigualdad en que las mujeres españolas se han incorporado al trabajo y las consecuencias que esa incorporación ha tenido en el mundo laboral y, en particular, en las relaciones personales que en ese mundo se producen.

La invisibilidad de la violencia de género ha traído como consecuencia la invisibilidad de todos aquellos y todas aquellas menores víctimas e, incluso, la inaplicación de las normas que se han ido incorporando en nuestro ordenamiento jurídico para su protección.

Ya no hay duda, las estadísticas hablan por sí solas, el daño que el maltratador-agresor causa a la mujer al atentar contra su integridad física, psicológica o moral, en múltiples

⁵³ Según puntualiza la última parte del artículo 225.2 de la LGSS.

⁵⁴ A ello se refiere el artículo 224.2, párrafo 5.º, de la LGSS, que fue introducido por la LO 2/2022.

ocasiones va más allá, se extiende a las personas de su entorno, especialmente, a las hijas y a los hijos.

También hay que señalar que para hacer frente a la terrible realidad que es la violencia de género, queda implicada no solo la ley en el ámbito laboral y de Seguridad Social, sino también los propios agentes sociales, especialmente en el marco de la negociación colectiva, a la que se atribuye incluso el desarrollo de algunas fórmulas de protección de las víctimas.

La situación de vulnerabilidad de estas víctimas de la violencia de género se pone de manifiesto en todos los ámbitos jurídicos. De ahí la premura y necesidad de adoptar unas medidas fuertes para atender la situación de desamparo que puede afectar al ámbito emocional y, también, al ámbito económico y las consecuencias que se produzcan. El niño o la niña han perdido a su madre, está muerta. También han perdido a su padre, que está en la cárcel o muerto.

No se puede olvidar que también entre los objetivos de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, de noviembre de 2020, se encuentra el de garantizar la calidad y la suficiencia de las prestaciones, particularmente en lo que afecta a los colectivos más vulnerables.

Todas las situaciones de violencia en el ámbito familiar atacan siempre los derechos de la infancia. Es cierto que tienen una respuesta en las leyes vigentes, tanto a nivel represivo como tuitivo. Pero también es cierto que hay que seguir avanzando, pues la realidad de esta lacra es muy dura y no se pueden perder oportunidades para mejorarla, desde todos los ámbitos.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R. (2021). La diferente regulación de la pensión de orfandad en la Ley de Clases Pasivas del Estado y en el régimen general de la Seguridad Social (Comentario al ATC 124/2020, de 21 de octubre). *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 28, 89-98.
- Álvarez Cuesta, H. (2023). La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 166, 11-38.
- Aragón Gómez, C. (23 de mayo de 2022). *El impacto de género en las reformas de la Seguridad Social*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-las-reformas-de-la-seguridad-social/>

- Benavente Torres, M. I. (2021). La protección jurídica de los menores víctimas de violencia de género. Aspectos laborales y de Seguridad Social. En C. Sáez Lara (Coord.^a), *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género* (pp. 213-274). Tirant Lo Blanch.
- Benito Benítez, M. A. (2020). La función tutelar del sistema de Seguridad Social en la lucha contra la violencia de género. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55.
- Cabero Morán, E. (2022). Pensión de orfandad y asimilación a la orfandad absoluta. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 96.
- Cabero Morán, E. (2023). Las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley general de la Seguridad Social en el año 2022. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 99.
- Elorza Guerrero, F. (2019). La pensión de orfandad al amparo del subsidio de desempleo para excarcelados. Reflexiones a partir de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 954/2018, de 7 de noviembre. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 19, 113-120.
- Fernández Rodríguez de Liévana, G. (2019). Ángela González, o cuando la justicia no protege a las mujeres ni a sus hijos e hijas de la violencia de género. *Tiempo de Paz*, 134, 108-113.
- García Valverde, M. D. (2007). Mujer extranjera y violencia de género. *Revista de Treball, Economia i Societat*, 46, 9-17.
- García Valverde, M. D. (2014). El maltratador. Efectos sobre el contrato de trabajo y sobre la relación jurídica de seguridad social. En M. P. Rivas Vallejo y G. L. Barrios Baudor (Dirs.), *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense* (pp. 1.119-1.132). Thomson Reuters Aranzadi.
- González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S. (2023). El Real Decreto-ley 2/2023: las reformas en materia de ámbito subjetivo, prestaciones y sostenibilidad del sistema. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 105.
- Goñi Sein, J. L. (2022). La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad. *Revista Justicia & Trabajo*, 1, 5-27.
- Lorente Acosta, M. (2019). Violencia pública, violencia privada. *Tiempo de Paz*, 134, 92-100.
- Martín Nájera, P. (2020). La protección de los menores víctimas de violencia de género. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 27, 8-10.
- Miñarro Yanini, M. (2014). Las «otras víctimas» de la violencia de género: pensión de orfandad absoluta para la hija superviviente: Comentario a la Sentencia 41/2014, de 24 de enero, del Juzgado de lo Social n.º 3 de Almería. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 375, 157-161. <https://doi.org/10.51302/rtss.2014.2948>
- Nieto Rojas, P. (2022). Violencia de género y pensión de viudedad: Nuevamente sobre los medios para la acreditación de la condición. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 254, 159-166.
- Nieto Rojas, P. (2023). A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento del porcentaje de la pensión al huérfano con progenitor supérstite privado de la patria potestad. Comentario a la STS del 7 de septiembre de 2022. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 34, 119-130.
- Ramón Fernández, F. (2022). La protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género. Medidas contempladas en la Ley orgánica 2/2022, de 21 de marzo. En

- C. Torres Fernández, W. Jerez Rivero, J. M. de la Serna Tuya y M. García Vidal (Coords.), *Avances y prospectiva en la protección jurídico-social de las personas en situación de vulnerabilidad* (pp. 63-81). Dykinson.
- Ramos Quintana, M. I. (2023). Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 99.
- Reyes Cano, P. (2020). *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas* [Tesis Doctoral]. Ministerio de Igualdad. Centro de Publicaciones. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/Tesis/pdfs/Tesis_8_Menores_y_violencia_genero.pdf
- Rodríguez Pastor, G. E. (2023). Pensión de viudedad y víctimas de violencia de género.
- A propósito de la STSJ Cantabria 768/2022, de 4 de noviembre de 2022. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 266, 197-205.
- Sáez Lara, C. (2021). Sistema de protección de menores víctimas de violencia de género. En C. Sáez Lara (Coord.^a), *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género* (pp. 61-110). Tirant Lo Blanch.
- Sanz Sáez, C. (5 de abril de 2022). *Se corrige la situación de orfandad de las hijas e hijos víctimas de violencia de género*. <https://www.net21.org/se-corrige-la-situacion-de-orfandad-de-las-hijas-e-hijos-victimas-de-violencia-de-genero/>
- Tagar, J. (2019). Menores en la violencia de género: víctimas invisibles. *Tiempo de Paz*, 134, 101-107.

María Dolores García Valverde. Experta en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Pertenece al Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación (Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social. Ref.: SEJ 184). Su actividad investigadora se caracteriza por su heterogeneidad, tanto en los géneros científicos tratados como en las materias y formas de trabajo. En el ámbito de la transferencia de conocimientos es miembro (desde abril de 2019) del Comité de Ética de la Investigación de Andalucía (Hospital Universitario Clínico San Cecilio –Granada–) CEIm-CEI. <https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>

