

**RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIONES Y ESTANCIA DE LOS HIJOS MENORES
EN CASO DE VIOLENCIA: EXÉGESIS DE LOS APARTADOS IV Y V DEL ARTÍCULO 94 CC**

***VISITING ARRANGEMENTS, COMMUNICATIONS AND STAY OF MINOR
CHILDREN IN THE EVENT OF VIOLENCE: EXEGESIS OF ARTICLE 94 (IV) AND (V) OF THE
CC***

JUAN CARLOS VELASCO PERDIGONES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

juancarlos.velasco@uca.es

ORCID: 0000-0002-2219-3574

Resumen: El pasado 21 de octubre de 2022 se publicaba la STC (de Pleno) 106/2022, de 13 de septiembre, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la reforma del art. 94 CC (operada mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio). El precepto suscitó la polémica en el ámbito político, jurisdiccional y doctrinal, al entenderse una injerencia al poder judicial (art. 117 CE), al derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (art. 24 CE) y a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en relación con el art. 39 CE. El TC, lejos de declarar la inconstitucionalidad de la citada norma, también se mostró dividido, lo que confirma el debate de una realidad poco pacífica. Así, con el afán de aclarar el contenido de los apdos. IV y V del art. 94 CC, mediante este trabajo se propone un estudio interpretativo completo, recurriendo a la tradicional escuela exegética.

Esta investigación tiene por objeto analizar los antecedentes legislativos más próximos del precepto, la gramática empleada, su contextualización respecto a otras normas del ordenamiento y el alcance de su finalidad y espíritu; todo ello a través de los

distintos criterios hermenéuticos expuestos en el art. 3.1 CC. En cuanto a las fuentes empleadas para dar respuesta a la pretensión, se recurre principalmente a las normas nacionales e instrumentos internacionales que inciden en la protección de los menores y de la mujer, así como a los postulados doctrinales y jurisprudenciales de mayor relevancia, teniendo presente la novedad de la redacción del precepto en cuestión.

Por el debate suscitado y los problemas interpretativos del art. 94 apdo. IV y V CC, se interesa un estudio amplio del precepto, que pretenda encontrar la verdad científica o, al menos, una aproximación.

PALABRAS CLAVE: Derecho de visitas, comunicación y estancias; privación; suspensión; violencia de género; interés superior del menor

ABSTRACT: *On 21 October 2022, the STC (Plenary) 106/2022, of 13 September, was published on the occasion of the appeal of unconstitutionality filed against the reform (operated using Law 8/2021, of 2 June) of art. 94 CC. The precept aroused controversy in the political, jurisdictional and doctrinal spheres, as it was understood to be an interference with judicial power, the right to adequate judicial protection, legal certainty and the presumption of innocence, with an impact on art. 39 CE. The TC, far from declaring the unconstitutionality of the rule above, was also divided, which confirms the debate of a not very peaceful reality. Thus, to clarify the content of sections IV and V of Art. 94 CC, this work proposes a complete interpretative study, resorting to the traditional exegetical school.*

This research aims to analyse the closest legislative antecedents of the precept, the grammar used, its contextualisation concerning other norms of the legal system and the scope of its purpose and spirit, all through the different hermeneutic criteria set out in art. 3.1 CC. As for the sources used to respond to the claim, recourse is mainly had to

national regulations and international instruments that have an impact on the protection of minors and women, as well as the most relevant doctrinal and jurisprudential postulates, bearing in mind the novelty of the wording of the precept in question.

Due to the debate that has arisen and the interpretative problems of Art. 94 para. IV and V CC, a broad study of the precept, which aims to find the scientific truth or, at least, an approximation, is of interest.

KEY WORDS: *Visitation, communication and stay; deprivation; suspension; gender-based violence; best interests of the child.*

SUMARIO. – I. PRELIMINAR – II. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 94 CC 1. Previo 2. Evolución legislativa 2.1 Ley 30/1981, de 7 de julio 2.2 Ley 42/2003, de 21 de noviembre 2.3 Ley 8/2021, de 2 de junio 3. Interpretación gramatical 3.1 Art. 94.IV CC 3.2 Art. 94.V CC 4. Interpretación sistemática 4.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero 4.2 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre 4.3 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio 4.4 Art. 544 *ter* LECrim 5. Interpretación teleológica y realidad social: Fundamento de la norma 5.1 Protección del menor A) Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño B) Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños C) Convenio Europeo de los Derechos Humanos D) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea E) Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de octubre de 2012 5.2 Protección de la mujer (y de los menores) A) Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica B) Dictamen del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer C) Pacto de Estado contra la Violencia de Género 6. Realidad jurisprudencial: STS de 26 de septiembre de 2022 III.- CONCLUSIONES– BIBLIOGRAFÍA

I. PRELIMINAR

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021, de 2 de junio, en adelante)¹, ha supuesto un cambio en la concepción jurídica de la persona con discapacidad y el consecuente ejercicio de su capacidad². Una de las modificaciones introducidas, de escasa relación con el objeto normativo, fue la alteración del art. 94 CC, relativo al régimen de visitas, estancia y comunicaciones de los hijos menores de edad con sus progenitores.

El remodelado precepto, y los términos de su redacción, abrió paso al debate, puesto que se incorporaba la privación y la suspensión del régimen de visita o estancia respecto del progenitor que: *i*) estuviese incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de sus hijos; *ii*) la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género; y, *iii*) se encontrase en prisión (provisional o por sentencia firme) por los delitos anteriores [*i*] y [*ii*]]. Este nuevo marco normativo ha planteado ciertas

¹ BOE núm. 132, de 6 de junio de 2021

² La Ley 8/2021, de 2 de junio, viene motivada por la necesaria adaptación de la legislación civil y procesal a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), cuyo objeto se había de materializar a través de cambio de régimen respecto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para así «[...] garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria» (art. 12 CDPD). Un cambio de sistema, en el que: *i*) se sustituye la toma de las decisiones, «[...] por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona [...]» (Preámbulo I, Ley 8/2021, de 2 de junio).

dudas en el ámbito político³, doctrinal⁴ y jurisdiccional⁵, previo a la STC de 21 de octubre de 2022, motivado por la dicción literal del precepto que parece establecer una privación o suspensión automática al derecho del progenitor no custodio a las visitas o estancia con el hijo menor de edad, sin posibilidad de valoración judicial⁶. Y es que, el mantenimiento de una rígida interpretación gramatical de la norma podría llevar a confrontar el derecho de los niños a mantener relaciones personales y contacto con el progenitor no custodio, predicado en diversas normas internacionales⁷ y en la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸.

El problema interpretativo parece haberse resuelto con la STC de 21 de octubre de 2022 (Sentencia de Pleno 106/2022, de 13 de septiembre de 2022)⁹, la cual analiza

³ El Grupo Parlamentario «VOX» interpuso recurso de inconstitucionalidad al entender que la privación de un régimen de visita o estancia al progenitor incurso en un proceso penal iniciado vulneraba el artículo 117 CE en relación con el 39 CE, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y el principio de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE.

⁴ Vid. ORTEGA CALDERÓN, J.L., «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio», *Diario la Ley*, núm. 9892, Wolters Kluwer, 2021, p. 4; TORRELLES TORREA, E., «Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil», *RCDI*, núm. 791, 2022, p. 1397; AYLLÓN GARCÍA, J.D., «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio, 2022, p. 109.

⁵ En el ámbito jurisdiccional, se ha cuestionado la constitucionalidad del precepto. A modo de ejemplo, el 22 de marzo de 2022, el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Móstoles dictó Auto por el que se planteaba una cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 94.4 CC, al entenderse contravenidos los arts. 10.1, 14, 24.2, 39.1 y 81.1 CE. El homólogo art. 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón también ha sido cuestionada su constitucionalidad [Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza (Autos Familia, Guarda y Custodia 607/2020)]

⁶ Vid. art. 94 CC

⁷ Vid. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (art. 9); Carta Europea de los Derechos del Niño (art. 14); Convenio Europeo de los Derechos Humanos (art. 8); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24.3); Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica Estambul (art. 31).

⁸ Vid. v.gr. Sentencias TEDH de 13 de junio de 1979 (Marckx contra Bélgica); de 24 de marzo de 1988 (Olsson contra Suecia); de 26 de marzo de 2013 (Zorica Jovanovic contra Serbia).

⁹ Las Audiencias Provinciales haciéndose eco de la realidad impuesta por el TC se han adaptado, como no podía ser de otra forma, a los argumentos formulados por parte del máximo intérprete de la Carta Magna. En tal sentido, a modo de ejemplo, la SAP (Madrid) de 30 de mayo de 2023, en la aplicación del apdo. IV del art. 94 CC, indicaba expresamente: «Esta norma ha de ser interpretada en los términos que determina la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de septiembre de 2022 [...] en cuanto pondera la necesaria protección de la menor con la necesidad de evitar la ruptura del vínculo materno,

el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario «VOX». El TC consideró que el art. 94.4 CC no se oponía a la Carta Magna, argumentándose:

«[...] que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen 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 (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso [...]».

adoptando una decisión que conjuga ambos bienes jurídicos, permitiendo que la menor mantenga el contacto con su madre

[...] el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor 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 o 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, en la que se comprende también "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 todo ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen 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 (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso».

Sin embargo, han existido discrepancias en cuanto al fundamento y finalidad del apdo. cuarto del art. 94 CC, mostrándose un TC dividido por el voto particular de tres magistrados¹⁰. Dicho voto no incide en absoluto en el sentido del fallo, sino en la fundamentación de la resolución que, según los suscribientes, la sentencia no aborda la verdadera finalidad y espíritu del art. 94.4 CC. Los magistrados firmantes entienden que no sólo el precepto tiene como misión proteger a los hijos que viven sometidos a situaciones de violencia de género, sino que, principalmente, es la protección de sus madres; ignorándose, por los argumentos de la sentencia, la realidad de la perspectiva de género¹¹.

La interpretación efectuada por el TC y una exégesis más puramente científica del art. 94.4 CC, quizás, lleven a soluciones distintas, por ello, se propone un estudio más completo del precepto que abarque las distintas realidades que impone el art. 3.1 CC. Así, la pretensión de este trabajo se ciñe al análisis del art. 94.4 y 5 CC atendiendo a los criterios hermenéuticos recogidos en el art. 3.1 CC (sin agotarlos completamente), con el objeto de comparar la solución proporcionada por el TC.

La investigación jurídica, como cualquier otra, carece de interés si no dispone de una exposición clara del camino que conduce a la consecución de los fines inicialmente propuestos, a través del procedimiento o las reglas a las que debe atenerse la mente en el proceso cognoscitivo de pretender alcanzar la verdad¹², método racional para llegar a la finalidad gnoseológica a la que se aspira¹³. Al fin precedente sirven los medios tradicionales del estudio del Derecho: la exégesis de las normas, la interpretación de la doctrina científica y la jurisprudencia. El método científico empleado es de naturaleza

¹⁰ *Vid.* Voto particular de los magistrados María Luisa Balaguer Callejón, Juan Antonio Xiol Ríos y Inmaculada Montalbán Huerta.

¹¹ *Vid.* STC de 21 de octubre de 2022

¹² PÉREZ ESCOBAR, J., *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2010, p. 33.

¹³ HERRERA, E., *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 10.

cuantitativa, ciñéndose al método exegético para analizar el art. 94.4 y 5 CC. Así, conforme al art. 3.1 CC, resulta de interés recurrir a: *i)* los antecedentes (más próximos)¹⁴; *ii)* la gramática del texto¹⁵; *iii)* una interpretación lógico-sistemática¹⁶; y, *iv)* la realidad social, espíritu y finalidad de la norma¹⁷.

Las fuentes empleadas para alcanzar el objeto propuesto son varias. Los apartados antedichos del precepto citado se van a estudiar mediante el recurso a otras normas nacionales e internacionales. Para la exégesis gramatical, se ha de recurrir al análisis exclusivo de la disposición de las palabras del precepto en su conjunto¹⁸; en el caso de la interpretación histórico-legislativa, se han de estudiar los precedentes próximos a la Ley 8/2021, de 2 de junio¹⁹; para una exégesis lógico-sistemática, el precepto hay que ponerlo en relación con otras disposiciones del Código Civil y del ordenamiento patrio²⁰; y, para la social y teleológica el art. 94.4 y 5 CC hay que conectarlo con aquellas normas nacionales e internacionales de protección de menores, la mujer, la familia y la infancia²¹. A modo de cierre, se ha de prestar especial atención a la práctica jurisprudencial²², en la que se refleja la inexistencia de cambio entre los postulados que giraban en torno al anterior art. 94 y nuevos apdos. IV y V de dicho precepto, considerándose el eje central el interés superior del menor a la hora de suspender el régimen de visitas, comunicaciones o estancia.

II. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 94 (IV) Y (V) CC

¹⁴ *Vid. infra* 2

¹⁵ *Vid. infra* 3

¹⁶ *Vid. infra* 4

¹⁷ *Vid. infra* 5

¹⁸ *Vid.* apdo. 3.1 y ss.

¹⁹ *Vid.* apdo. 2.1 y ss.

²⁰ *Vid.* apdo. 4.1 y ss.

²¹ *Vid.* apdo. 5.1 y ss.

²² *Vid. infra* 6

1. Previo

El régimen de visitas, comunicación y estancias es un derecho-deber que tiene como fundamento el mantenimiento de la relación paterno-filial entre los hijos y el progenitor no custodio, de forma que se cubran las necesidades afectivas y educativas de la prole para que tengan un desarrollo personal armónico y equilibrado, a pesar de la crisis familiar en la que pueden verse envueltos²³. Este derecho-deber permite al progenitor no custodio atender al deber de velar por los hijos menores y relacionarse con ellos como manda el art. 154 CC²⁴.

El término «estancia» hace referencia a un período de tiempo más o menos largo²⁵ en el que el progenitor no custodio está en compañía del menor de edad y vela por él²⁶. Por su parte, la «comunicación» alude a la obtención de información o noticia directa del menor cuando no están en contacto físico o no proceden las visitas o estancias, posibilitándose el contacto por cualquier medio²⁷. Las «visitas» o derecho de visitas consisten en la posibilidad de ver a los hijos o tenerlos en compañía durante un período determinado de tiempo inferior a la estancia (horas al día o a la semana)²⁸. Esto es el derecho a relacionarse ante la imposibilidad de vivir con ambos progenitores cuando éstos no conviven²⁹. Algunos autores, en referencia al conjunto de palabras «derecho de visita», entienden más ajustado el empleo de otras expresiones como

²³ TORRELLES TORREA, E., «Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil», *op.cit.*, p. 1321.

²⁴ PRADOS GARCÍA, C., «El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio, 2022, p. 357.

²⁵ VELA SÁNCHEZ, J.A., *Las consecuencias civiles de la violencia de género: estudio doctrinal y jurisprudencial*, J.M. Bosch, Barcelona, 2022, p. 116.

²⁶ TORRELLES TORREA, E., «Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil», *op.cit.*, p. 1392.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ VELA SÁNCHEZ, J.A., *Las consecuencias civiles de la violencia de género: estudio doctrinal y jurisprudencial*, *op.cit.*, p. 116.

²⁹ MOYA ESCUDERO, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998, p. 22.

«derecho de comunicación», «derecho de relación» o «a relacionarse» o «derecho a las relaciones personales, por tener la primera un valor semántico excesivamente estrecho³⁰. En salvaguarda del interés superior del menor³¹, se ha de decidir sobre el tiempo, modo y lugar del ejercicio de las anteriores por parte del progenitor no custodio para con sus hijos menores de edad; un sistema de relaciones que permita mantener el trato y el contacto con aquel progenitor que no dispone de la guarda y custodia del menor.

2. Evolución legislativa

El estudio de la evolución histórica puede efectuarse analizando la historia remota o próxima del precepto, al objeto de conocer cómo se ha ido modificando conforme al cambio de concepción social.

2.1 Ley 30/1981, de 7 de julio

La Ley 30/1981, de 7 de julio³², introduce por vez primera en el ordenamiento español el derecho de visitas, comunicación y estancia de los hijos menores con el progenitor no custodio, como consecuencia de la importante reforma del matrimonio y sus crisis. El art. 94 CC habilitó al juez para que determinara el tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho, pudiendo limitar o suspender si se dieran graves circunstancias

³⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 23.

³¹ Las SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64); 178/2020, de 14 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril, (RTC 2021, 81); y 113/2021, de 31 de mayo (RTC 2021, 113), subrayan que «[e]l interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos». Las SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64) y 113/2021, de 31 de mayo (RTC 2021, 113) apostillan que «es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención» (sobre los Derechos del Niño de Nueva York).

³² Relativa a la modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y la determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981)

que lo aconsejaran o se incumplirán de forma grave o reiterada los deberes que se impusiesen en la resolución judicial.

El ordenamiento concedió a los órganos judiciales, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes de cada caso concreto, la determinación del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos menores con el progenitor no custodio. Entre las facultades conferidas se encontraba la eventual limitación o suspensión de dichos derechos si acontecieran graves circunstancias, el incumplimiento grave o reiterado de los deberes acordados judicialmente.

2.2 Ley 42/2003, de 21 de noviembre

En el año 2003, mediante la Ley 42/2003, de 21 de noviembre³³, se añade un segundo párrafo al art. 94 CC con el objeto de dotar a los abuelos, previa audiencia de éstos y de los padres, del derecho de comunicación y visita, como fórmula de favorecimiento de las relaciones con los nietos. El legislador tomaba conciencia de una realidad innegable, la necesaria interacción de los menores de edad con sus ascendientes como consecuencia de hacer valer el interés superior del menor³⁴. Por ello, lo que hace el añadido párrafo es recoger la posibilidad de que el juez se pronuncie, valorando las circunstancias, sobre el derecho de comunicación y visitas de los abuelos con sus nietos.

De la Exposición de Motivos de la norma se extrae que, siempre que el interés superior del menor lo aconseje, los hijos no sólo se han de relacionar con sus

³³ Referente a la modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003).

³⁴ La E.M. fundamentaba el crucial papel que desempeñan los abuelos para la estabilidad del menor, pues pueden ayudar a los nietos «[...] a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno [...]».

progenitores, sino que, además, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares (refiriéndose a los abuelos principalmente). Por ello, se propuso añadir un nuevo párrafo al precepto con la finalidad de: *i)* «[...] singularizar desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores; y, *ii)* atribuir «a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad»³⁵.

2.3 Ley 8/2021, de 2 de junio

La última reforma del art. 94 se produce con ocasión de la Ley 8/2021, de 2 de junio, dándose nueva redacción y añadiendo otras previsiones al precepto. Resulta un tanto llamativo que el Preámbulo de la citada norma no contenga referencia alguna al reformado art. 94 CC, a pesar de la importancia y trascendencia jurídica. Para ello, debemos remontarnos a la tramitación parlamentaria del proyecto normativo.

El *iter* legislativo del Proyecto de Ley, antecedente de la Ley 8/2021, de 2 de junio, refleja las prisas de introducir los apartados IV y V del actual art. 94 CC, los cuales no se incorporan durante la tramitación del proyecto³⁶ en el Congreso de los Diputados³⁷, sino que es en el Senado donde encontramos tal adición en virtud de una propuesta de modificación al informe de ponencia, posteriormente aprobado por la comisión³⁸. Otro dato significativo es la ausencia de toda evidencia del análisis de los apartados IV y V en los documentos previos (memoria de impacto normativo; dictamen del Consejo de Estado; memorias del Consejo Económico y Social, del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal) que han de acompañar a todo cuerpo normativo.

³⁵ *Vid.* E.M.

³⁶ *Vid.* BOCG del Congreso de los Diputados, núm. 27-1, de 17 de julio de 2020

³⁷ *Vid.* BOCG del Congreso de los Diputados, núm. 27, de 25 de marzo de 2021

³⁸ *Vid.* BOCG del Senado, núm. 185 apdo. 1 de 11 de mayo de 2021

La norma comienza declarando la discrecionalidad judicial para el establecimiento del tiempo, modo y lugar en que el progenitor no custodio podrá ejercitar el derecho de visita, comunicación y compañía de los hijos. Posteriormente, se reconoce la posibilidad de estos derechos a favor del progenitor no custodio respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen de medidas de apoyos para tomar decisiones. También se introduce el mandato de la participación de los menores en los procesos y decisiones que les afecte, consagrándoles un derecho de audiencia (junto con el Ministerio Fiscal, que velará por sus intereses). La participación de los menores en todo aquello que le pueda resultar beneficioso viene impuesto por el principio de interés superior del menor, haciéndolo partícipe de aquel proceso en el que se van a tomar decisiones muy importantes para él. El apartado continúa con aquella declaración que se introdujo a través de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre: la posibilidad de que la autoridad judicial limite o suspenda los derechos de visita, comunicación y estancia por la concurrencia de circunstancias relevantes, el incumplimiento grave o reiterado de los deberes acordados judicialmente.

Los apartados IV y V del art. 94 CC, del tenor literal y del espíritu de otros documentos, pretenden reformular el régimen de visitas y estancia de los progenitores no custodios respecto de sus hijos menores. Se introduce *ex novo* en el ordenamiento jurídico la negación y, en su caso, suspensión del establecimiento del régimen de visita o estancia cuando el progenitor 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) o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Por vía de la excepción, se faculta a la autoridad judicial (mediante resolución motivada en interés superior del menor) al establecimiento del régimen de visita o estancia (añadiéndose ahora la comunicación),

atendiendo a una previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar. Además, se niega taxativamente el establecimiento (sólo) del régimen de visitas al progenitor que se encuentre en prisión, provisional o cumpliendo condena, derivado de un procedimiento penal 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, violencia doméstica o de género.

Por último, el legislador establece la posibilidad de reconocimiento del derecho de comunicación y visita de los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados (art. 160.2 CC), previa audiencia de los progenitores y de estos parientes; cuestión que se resolverá teniendo siempre presente el interés del menor.

3. Interpretación gramatical

La interpretación gramatical conlleva al análisis de la norma según la predisposición textual, es decir, un estudio filológico que llegue a entender los términos o al conjunto de palabras que unidas dan sentido. Mediante este método exegético se pretende buscar ese sentido de la redacción y llegar a conclusiones de interés respecto a las dudas planteadas.

3.1 Art. 94.IV CC

El apdo. IV art. 94 CC advierte expresamente:

«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 paterno-filial».

De un estudio de las palabras del pasaje anterior, se extrae una regla general y otra excepcional. La primera es relativa a la no procedencia del régimen de visita o estancia y, si existiese, su suspensión cuando: *i)* el progenitor esté incurso en un proceso penal por los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos; y, *ii)* 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. A este respecto, ese conjunto de palabras no tiene en cuenta el interés del menor, sino más bien una medida punitiva contra el progenitor cuando haya incurrido en las causas previstas en el precepto. La decisión que se adopte no debe ir encaminada al castigo del progenitor sino a lo que impongan las circunstancias concurrentes, haciendo valer por todos los medios el interés del menor³⁹.

Los tiempos verbales utilizados en estas disposiciones («no procederá» y «se suspenderá») confirman la no procedencia y la suspensión imperativa y automática del régimen de visitas o estancia, tal y como ha sido puesto de relieve por la incipiente doctrina⁴⁰. Esta es una regla general por la disposición de las palabras y estructura del

³⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, op.cit., pp. 342-343.

⁴⁰ ORTEGA CALDERÓN, J.L., «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio», op.cit., p. 4; TORRELLES

texto, previéndose como excepción, atendiendo al interés superior del menor que se relega en secundario⁴¹, el motivado acuerdo por la autoridad judicial del régimen de visita y estancia (ahora también la comunicación), valoradas las circunstancias. La locución conjuntiva adversativa «no obstante» expresa que, a pesar de lo previsto en dicha regla general, serán los jueces los que valoren, en interés superior del menor, el establecimiento del régimen, debiendo hacerse mediante resolución motivada. La fundamentación y mayor argumentación ha de efectuarse sobre el acuerdo del régimen de visitas, comunicaciones y estancia, en los casos penales aludidos, de ahí que estemos ante una previsión de naturaleza excepcional. Así, la regla es el no acuerdo o suspensión del régimen de visitas y estancia, salvo que la autoridad judicial, valoradas las circunstancias y la relación con sus progenitores (en interés superior del menor), considere necesario el establecimiento que deberá hacerse en todo caso mediante resolución motivada.

La «suspensión» supone una privación temporal de las relaciones personales entre el progenitor y su hijo menor de edad, medida grave por la incidencia (en la vida afectiva y relacional) en el menor de determinadas circunstancias que envuelven al sujeto privado⁴².

TORREA, E., «Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil», *op.cit.*, p. 1397; AYLLÓN GARCÍA, J.D., «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», *op.cit.*, p. 109.

⁴¹ El principio de interés superior del menor parece incardinarse de forma secundaria en el texto, ya que primero opera el automatismo, sin valoración de dicho principio. La vigencia y actualidad de dicho interés superior del menor se refleja en la práctica jurisdiccional, tanto del Tribunal Constitucional (SSTC 77/2018, de 5 de julio; 64/2019, de 9 de mayo; 99/2019, de 18 de julio; 178/2020, de 14 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril; 113/2021, de 31 de mayo), como de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (STS 175/2021, de 29 de marzo; 438/2021, de 22 de junio; 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre, entre otras muchas); así como, también, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [SSTEDH de 5 de noviembre de 2002 (caso Yousef contra Países Bajos); de 10 de enero de 2008 (caso Kearns contra Francia); de 7 de marzo de 2013 (caso Raw); de 12 de noviembre de 2013 (caso Söderman contra Suecia); de 18 de febrero de 2014 (caso Fernández Cabanillas contra España)].

⁴² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, *op.cit.*, p. 342.

La privación del progenitor no custodio y, por ende, del hijo, de estar ambos en compañía debe ser la excepción, ya que es la restricción de un deber-derecho reconocido en los instrumentos internacionales. La privación de derechos como puede ser la estancia y contacto con los hijos menores ha de hacerse con cautela y con unas mínimas garantías. La autoridad judicial ha de valorar siempre y en todo caso si el proceso penal en el que se encuentren incurso los progenitores afecta a la relación con los hijos, al objeto de acordar el régimen de estancia, comunicación y vistas y, no debiendo convertirse esta opción como algo excepcional⁴³. La supresión del régimen de visitas es la más grave de las medidas que se pueden adoptar, entendiéndose por algún sector doctrinal que el régimen de visitas es un «derecho sagrado» o «derecho intangible en su principio»⁴⁴. La privación de las relaciones personales ha de estar presidida por el interés superior del menor, cuando los hechos y circunstancias lo exijan.

3.2 Art. 94.V CC

Por su parte, el apdo. V del art. 94 CC añade:

«No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior».

Este párrafo niega de forma categórica el establecimiento de un régimen de visitas respecto de aquel progenitor que se encuentre privado de libertad, siempre que

⁴³ VELA SÁNCHEZ, J.A., *Las consecuencias civiles de la violencia de género: estudio doctrinal y jurisprudencial*, op.cit., p. 133.

⁴⁴ RAMOS MÉNDEZ, F., «Medidas provisionales en relación con las personas», en SERRA DOMÍNGUEZ, M., y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, p. 178; REVERTE NAVARRO, A., *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Universidad de Murcia, 1980, p. 88; GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. II*, Edersa, Madrid, p. 402, entre otros.

derive de un procedimiento penal 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, así como por violencia doméstica o de género. El precepto sólo hace mención al régimen de visitas, discutiéndose si se han de incluir las comunicaciones o estancias. Respecto a las primeras, nada parece impedir que el progenitor privado de libertad no pueda comunicarse con sus hijos menores de edad. El régimen de estancia, aunque la norma no lo indique, materialmente puede ser imposible llevar a cabo, pues se parte de que el progenitor no custodio se encuentra privado de libertad.

La negación absoluta del derecho de visitas al progenitor privado de libertad podría conculcar el interés superior del menor, pues en este apartado (a diferencia del anterior) no se prevé mecanismo alguno para que, atendiendo a las circunstancias, la autoridad judicial valore su adopción. La doble negación «no procederá» «en ningún caso» deja meridianamente claro que bajo ningún concepto puede acordarse un régimen de visitas respecto del progenitor que esté privado de libertad.

Por la redacción del texto, el párrafo precedente y la configuración gramatical no parece que se dé la facultad a los órganos jurisdiccionales de valorar las circunstancias, en interés superior del menor, para acordar un régimen de visitas favorable a los intereses del hijo menor de edad. A diferencia de lo que ocurre con el apdo. IV, que va destinado a los procedimientos penales en trámite y en los que asisten el principio de presunción de inocencia, el párrafo V es aplicable a la condena penal firme por los delitos mencionados. Así, el apdo. V art. 94 CC parte del presupuesto de que la condena en firme (por los delitos relacionados con el cónyuge o con sus hijos) del progenitor no es nada favorable ni beneficioso como para establecer un régimen de visitas a favor del hijo.

4. Interpretación sistemática

La interpretación sistemática va encaminada a recordar que el ordenamiento es pleno y que forma un todo, por lo que habrá que valorar el art. 94.IV y V CC dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico y, de forma específica, en relación con la regulación de la que forma parte o se relaciona. Algunas resoluciones del Tribunal Supremo insisten en la necesidad de atender a las normas coetáneas relacionadas y la concordancia con otros cuerpos normativos que afecten a la misma materia. En este sentido, se propone estudiar aquellas leyes que inciden de forma directa e indirecta en el art. 94.IV y V CC, esto es, en el régimen de visitas, comunicaciones y estancia.

En el CC, el art. 94 CC se inserta en el Capítulo IX, dedicado a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, Título IV (del matrimonio) del Libro I (de las personas). La ubicación del precepto en la materia relativa a las crisis matrimoniales y a los efectos comunes de éstas no parece tener mucha trascendencia al objeto de este trabajo, pues la norma queda inserta en el lugar más idóneo del CC. Habrá que analizar el precepto en cuestión relacionándolo con otras normas del ordenamiento patrio.

4.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero

El art. 94 CC hay que entenderlo en el marco de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴⁵. Es decir, no se puede concebir el derecho de visitas, comunicaciones y estancia de los hijos menores prescindiendo del marco jurídico base de protección social, económica y jurídica de la familia.

El art. 2.1 LO 1/1996, de 15 de enero, promulga como principio básico el interés superior del menor, debiendo valorarse y considerarse «como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la

⁴⁵ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996

aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». El citado principio ha de prevalecer en cualquier acción o decisión que les afecte a los menores, también en aquellas medidas (entre las que se han de incluir el régimen de visitas, comunicaciones y estancia) que adopten, entre otros, los tribunales. El apdo. IV y V del art. 94 CC podría conculcar este interés superior del menor, sobre todo, si se tiene en cuenta una interpretación gramatical.

El apdo. del art. 2 LO 1/1996, de 15 de enero, establece los criterios a tener en cuenta para hacer valer el interés superior del menor, entre los que se encuentra: «[l]a conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia».

En atención a lo dispuesto en el art. 2.1 LO 1/1996, de 15 de enero, la autoridad judicial para resolver el régimen de visitas, comunicaciones y estancias ex art. 94 IV y V CC ha de atender al interés superior del menor y valorar la conveniencia o no de relacionarse con sus progenitores, considerando si conviene el contacto con éstos por ser o no un entorno adecuado y libre de cualquier violencia.

4.2 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre

En relación al objeto de estudio, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴⁶, parte de la premisa de que «[l]as situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta

⁴⁶ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004

violencia»⁴⁷, disponiéndose de medidas encaminadas a la suspensión de las visitas, estancia, relación o comunicación entre los menores y el inculpado por violencia de género (art. 66).

El art. 66 LO 1/2004, de 28 de diciembre, reformado en dos ocasiones por las Leyes Orgánicas 8/2015, de 22 de julio⁴⁸ y 10/2022, de 6 de septiembre⁴⁹, expone literalmente:

«El Juez ordenará 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 [...]».

El precepto impone la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación entre el progenitor inculpado por violencia de género respecto de sus hijos menores, salvo que, en interés superior del menor, la autoridad judicial no lo considere. La primera parte de la norma establece cierto automatismo en la suspensión del régimen, pero dota de prevalencia al interés superior del menor, que podrá ser valorado por la autoridad judicial en caso de no acordarse. El art. 66 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, guarda cierta relación con la dicción literal del apdo. IV del art. 94 CC.

⁴⁷ *Vid.* E.M. (II)

⁴⁸ Norma relativa a la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015

⁴⁹ Norma relativa a la garantía integral de la libertad sexual, BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022

La redacción efectuada mediante la LO 8/2015, de 22 de julio, establecía la facultad del juez de suspender el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él, previéndose que, en caso de no acordarse, debía de pronunciarse sobre la forma de ejercicio. La LO 10/2022, de 6 de septiembre, reformó nuevamente el art. 66 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, dotándolo de una estructura similar a la del apdo. IV del art. 94 CC, al menos en lo que a suspensión se refiere.

4.3 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁵⁰, fue tramitada de forma paralela a la Ley 8/2021, de 2 de junio, debatiéndose acerca de la técnica legislativa empleada en la introducción en esta última del art. 94 CC, en vez de hacerlo mediante la citada Ley Orgánica⁵¹. La norma tiene por objeto la protección integral de los menores de edad y al mismo tiempo dotar a la infancia y adolescencia de un estatuto jurídico efectivo que pueda prevenir cualquier forma de violencia⁵², de ahí que lo principal sea la garantía de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes «a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida» (art. 1.1).

⁵⁰ BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021

⁵¹ *Vid.* ORTEGA CALDERÓN, J.L., «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio», *op.cit.*, p. 2.

⁵² DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «Responsabilidad parental y violencia de género. Examen tras de un año de vigencia de la Ley 8/2021, de 4 de junio», *RCDI*, núm. 792, 2022, p. 2269

En la materia objeto de análisis, la LO 8/2021, de 4 de junio, modifica la redacción del art. 158 CC y del art. 544 ter LECrim con el fundamento de «[...] apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas [...]»⁵³. Y es que, la familia, como unidad básica de la sociedad y desarrollo de los menores, debe ser objetivo central de las administraciones, debiendo apostarse por la prevención de la violencia sobre la infancia desde el momento de la gestación⁵⁴.

La finalidad pretendida por la reforma no es otra que el refuerzo de la protección de los menores en atención a su vulnerabilidad, previéndose mecanismos para apartarlos de situaciones conflictivas que no redunden en su propio beneficio. Así, el art. 158 CC establece: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

[...]

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

[...]».

⁵³ *Vid.* Preámbulo (II)

⁵⁴ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «Responsabilidad parental y violencia de género. Examen tras de un año de vigencia de la Ley 8/2021, de 4 de junio», *op.cit.*, p. 2273

La LO 8/2021, de 4 de junio, deja a la autoridad judicial que sea quien valore las circunstancias concurrentes para acordar, en el marco del art. 158 CC, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones. Con esta norma se pretende apartar al menor de un peligro real o perjuicios en su entorno. En este supuesto, el precepto no hace mención alguna a la violencia de género o a determinados ilícitos penales respecto de alguno de los progenitores, pero se entienden incluidos. Tampoco se percibe la suspensión o prohibición automática, sino que ha de instarse y será la autoridad judicial la que dicte las medidas, previa contradicción de las partes, y conforme a las implicaciones que supone hacer valer el principio del interés superior del menor.

4.4 Art. 544 *ter* LECrim

La LO 8/2021, de 4 de junio, también altera la redacción de los apdos. 6 y 7 del art. 544 *ter* LECrim con la pretensión de extraer al menor de todo peligro o perjuicio de su entorno familiar o de terceras personas.

El apdo. 7 art. 544 *ter* LECrim hace referencia a las medidas de naturaleza civil que pueden incluirse en la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica (o de género). Estas medidas pueden ser solicitadas por la víctima, representante legal o Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con discapacidad, pudiendo 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, régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad, prestación de alimentos o cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar a los anteriores sujetos de un peligro o de evitarles perjuicios.

En lo relativo al régimen de visitas, estancia o comunicación, el párrafo III del apdo. 7 del art. 544 *ter* LECrim establece:

«Cuando [...] existieran 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 paterno-filial».

La literalidad de la primera parte del pasaje, a simple vista, parece pretender reducir la discrecionalidad judicial para valorar el contacto y relación de un hijo menor de edad con el progenitor inculpado. Es más, parece existir una automaticidad en la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, debido al empleo del tiempo verbal «suspenderá». Es decir, el empleo de las palabras «[...] la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá [...]» hace interpretar que estemos ante una regla general imperativa en la que la suspensión opera de forma automática. Sin embargo, la segunda parte, mediante el uso del conjunto de palabras «No obstante, [...] la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial», invierte el anterior razonamiento en favor de la ponderación de las alternativas señaladas, esto es, la suspensión o el mantenimiento, en función del interés superior del menor; lo que podría cuestionarse si realmente se predica o no el citado automatismo⁵⁵. A nuestro juicio, el párrafo III del apdo. 7 del 544 *ter* LECrim sigue un

⁵⁵ MAYOR FERNÁNDEZ, D., «Régimen de visitas, discrecionalidad judicial y riesgos para el menor en contextos de violencia de género», en AA.VV., *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022, p. 328

esquema parecido al art. 94 IV CC, es decir, una norma general consistente en la suspensión automática en casos de que existan indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia y, otra excepcional en la que el juez, valoradas las circunstancias y haciendo valer el principio del interés superior del menor, no acuerde la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación. De hecho, tendría sentido armonizar ambos preceptos para evitar la contradicción y el nacimiento de ventajas o beneficios dependido del trámite que nos encontremos, lo cual sería poco razonable teniendo en cuenta las implicaciones procesales de cada ámbito.

5. Interpretación teleológica, espíritu y realidad social: Fundamento de la norma

Las normas han de interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, buscando su finalidad verdadera en virtud a aquellos factores ideológicos, morales y económicos que desvelan las necesidades y el espíritu de la población en un determinado momento. Así, pues, resulta de especial relevancia extraer cuál es la finalidad, espíritu y realidad social que hay detrás de los apdos. IV y V del art. 94 CC.

5.1 Protección del menor

A) Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

El art. 9 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niños⁵⁶ establece el derecho a la no separación de la prole con respecto a sus padres, excepto cuando se determine que ese distanciamiento es necesario y beneficioso por el interés superior del menor (*v.gr.* en los casos de violencia, maltrato o descuido). Además, se garantiza a

⁵⁶ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990

que las partes inmersas en un procedimiento que tenga por objeto la separación del niño puedan participar y dar a conocer sus opiniones. En relación al derecho de visitas, comunicación y estancia, se ha de promover las relaciones personales y el contacto directo y habitual entre los niños y sus progenitores, salvo oposición al referenciado interés superior.

El precepto anterior enarbola en todo momento el interés superior del menor, es decir, es este principio el que prevalece siempre a la hora de determinar la separación (como puede ser la privación o suspensión del régimen de visitas, comunicaciones o estancias) del niño con respecto a sus progenitores. La privación y suspensión del régimen de visita o estancia *ex apdo. IV* del art. 94 CC podría conculcar el art. 9 CNUDN si se entiende como automática la procedencia del no acuerdo o suspensión de dicho régimen, ya que la autoridad judicial no entraría a valorar el interés superior del menor que predica la Convención.

De igual forma ocurriría con el *apdo. V* del art. 94 CC con la privación automática del régimen de visitas a aquellos progenitores privados de libertad, pues el precepto no parece dar posibilidad a la valoración judicial para acordar lo contrario, en interés superior del menor; además, sin la oportunidad de que las partes involucradas participen en el proceso y pueda conocerse sus alegaciones. Aunque hay que tener en cuenta que la condena firme ha de derivar de los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, así como en casos de violencia de género o doméstica. La ley entiende sin ambages que un progenitor condenado por los anteriores tipos no parece que sea el más idóneo como para relacionarse y mantener contacto con su hijo, calificándose tácitamente como una situación contraproducente a los intereses del menor, es decir, en contra del principio de interés superior del menor.

B) Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños

El Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños⁵⁷ tiene por objeto la mejora de la protección de los niños en situaciones de carácter internacional, poniendo de relieve la consideración primordial del interés superior del menor.

El art. 35 del citado Convenio revela la importancia del derecho de visita y el necesario mantenimiento de contactos directos y regulares entre los menores y sus progenitores, concretándose en el aseguramiento de su ejercicio efectivo, prestando especial atención a la aptitud del progenitor para ejercer el derecho y la forma de ejercicio. La norma internacional no hace mención alguna a la suspensión o privación del derecho sino, todo lo contrario, asegurarse de un real y efectivo ejercicio del derecho. Para ello, ha de valorarse, por la información recibida o pruebas, la aptitud del progenitor, en interés superior del niño.

C) Convenio Europeo de los Derechos Humanos

La vida familiar se encuentra protegida en el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵⁸, derivándose de este precepto importante jurisprudencia del TEDH⁵⁹ en lo relativo a la preservación de las relaciones y

⁵⁷ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010

⁵⁸ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979

⁵⁹ La STEDH de 18 de febrero de 2014 (caso Fernández Cabanillas contra España) recuerda a modo de premisa que: «[...] el disfrute de la compañía mutua por padres e hijos constituye un elemento fundamental de la "vida familiar" en el sentido del artículo 8 del Convenio (véase, entre otras, Saleck Bardi c. España, nº 66167/09, § 50, 24 de mayo de 2011, y R.M.S. c. España, nº 28775/12, § 68, 18 de junio de 2013) [...] el artículo 8 incluye el derecho de los padres de dar pasos encaminados a reunirlos con sus hijos, así como la obligación de los poderes internos de facilitar dichas reuniones. Asimismo, se aplica a casos

los lazos entre progenitores e hijos, las cuales han de ser con la mayor amplitud posible y sólo han de limitarse cuando lo aconseje el interés superior del niño en atención a las circunstancias concretas de cada caso. La importante jurisprudencia del TEDH, nacida del art. 8, concluye sin atisbo de duda que los progenitores y sus hijos han de disfrutar de la mutua compañía, constituyendo un elemento fundamental en la noción de vida familiar, siendo el criterio decisivo el interés superior del menor que debe ponderarse en todo caso. Las medidas restrictivas del derecho de visita han de entenderse una injerencia en la protección de la vida familiar *ex art. 8 del Convenio*⁶⁰, sobre todo si no se atiende al remarcado principio del interés superior del menor.

Nuevamente subyace como principio fundamental el interés superior del menor para hacer valer el mantenimiento del contacto y los lazos familiares entre los miembros de la familia. En el apdo. IV del art. 94 CC parece que este principio queda relegado a un plano secundario, sobre todo si se interpreta que la norma predica un claro automatismo con respecto a la improcedencia y suspensión del régimen de visita o estancia.

D) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶¹ reconoce como derechos del niño: *i)* la protección y los cuidados necesarios para su bienestar; *ii)* a expresar libremente su opinión, debiendo tenerse en cuenta en todos los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez; *iii)* a que todos los actos llevados a cabo por las autoridades lo sean velando por el interés superior del niño; y,

donde se plantean disputas entre los padres y otros miembros de la familia de los niños respecto al contacto y residencia de los niños (véase, por ejemplo, Hokkanen contra Finlandia, 23 de septiembre de 1994 [TEDH 1994, 35], ap. 55, serie A núm. 299-A, y Nuutinen contra Finlandia (TEDH 2000, 147), núm. 32842/96, ap. 127, TEDH 2000-VIII)».

⁶⁰ MOYA ESCUDERO, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, op.cit., p. 17.

⁶¹ DOUE de 30 de marzo de 2010

iv) a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y madre, salvo que sea contrario a sus intereses.

La norma europea hace un reconocimiento expreso al mantenimiento de las relaciones afectivas entre los progenitores y los menores, excepto que por las circunstancias concurrentes se considere perjudicial. La valoración sobre aquellas decisiones que afecten a sus relaciones o contactos deberá hacerse teniendo en cuenta el interés superior del niño, haciéndole partícipe de cuantas decisiones se adopten mediante la expresión de su opinión, si su madurez y edad lo permitieren.

E) Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de octubre de 2012

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito⁶² tiene la finalidad de garantizar un marco mínimo para que las víctimas reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales. En el caso de los menores de edad, se encomienda a los Estados miembros, en la aplicación de la anterior, la necesidad de velar por la primacía del interés superior del menor, teniéndose en cuenta la edad, madurez, opinión, necesidades e inquietudes (art. 1).

Como se observa, en el ordenamiento supranacional se reitera de forma contundente la prevalencia del interés superior del menor, que deberá ser objeto de una evaluación individualizada, sensible a la condición de menor y con especial consideración a las circunstancias concretas de dicho menor. Además, se impone la obligación de información al menor y a su representante legal de toda medida o derecho

⁶² DOUE de 14 de noviembre de 2012

que le afecte, información que debería abarcar aquellas relativas al régimen de visitas, comunicaciones o estancia.

5.2 Protección de la mujer (y de los menores)

A) Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica⁶³ tiene como objetivo principal la protección de las mujeres contra todas las formas de violencia, apostándose firmemente por la prevención, persecución y eliminación. También los menores de edad acaparan un espacio importante en el instrumento internacional, considerándose a éstos como víctimas y, en algunos casos, testigos de la violencia⁶⁴.

Es cierto que el régimen de visitas, comunicaciones y estancia ex art. 94.IV y V CC hay que entenderlo con una realidad candente, la violencia contra la mujer y la doméstica, sobre todo porque los menores pueden acaparar el papel de víctimas (según la norma internacional). A este respecto, el art. 31 del Convenio alude a la custodia, derecho de visita y seguridad, obligándose a los Estados a tomar las medidas necesarias para que, en el momento de establecer los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes violentos. La finalidad no es otra que evitar por todos los medios que el ejercicio del derecho de visita (o custodia) ponga en peligro los derechos y la seguridad tanto de la víctima como de los niños. Para hacer esto efectivo, una de las medidas que podrán adoptar los Estados parte es la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad del progenitor autor «si el interés superior del menor

⁶³ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014

⁶⁴ *Vid.* Preámbulo

[...] no se puede garantizar de otra forma». Es decir, se recomienda a los Estados la adopción de medidas contra los autores de los delitos relacionados con la mujer y los hijos, incluyéndose la pérdida de los derechos inherentes a la patria potestad (reflejo en los apdos. IV y V del art. 94 CC).

La norma no sólo tiene como finalidad la protección de los hijos víctimas de la violencia, sino también la protección de las madres que pueden sufrir ésta mediante el trato y la utilización de los niños por parte del progenitor autor. Resulta relevante el papel que desempeña el principio del interés superior del menor en las disposiciones citadas, pues a pesar de contemplarse la privación o suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias, éstas quedan supeditadas al interés superior del menor.

B) Dictamen del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de 16 de julio de 2014

El Dictamen del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de fecha de 16 de julio de 2014 (en el asunto Ángela González Carreño) tuvo por objeto estudiar el cumplimiento por parte del Estado español de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, al acreditarse en dicho asunto situaciones violentas y la utilización de la menor en determinados episodios, la cual es asesinada por su progenitor aprovechando un régimen de visitas y estancia. La madre había hecho valer ante los tribunales nacionales que el régimen de visitas con el progenitor no custodio estaban afectando negativamente a la salud de la niña, estableciéndose un sistema gradual de ampliación de las relaciones con el padre.

El Dictamen recomendó al Estado español la necesaria adopción de otras medidas más adecuadas y efectivas «para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita

relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos». Además, se recordaba que «[e]l interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia».

En este ambiente se mueve la reforma del art. 94 CC (apdos. IV y V), entendiéndose necesaria una modificación que cambie el rumbo respecto al establecimiento del régimen de visitas, comunicaciones y estancias entre el progenitor no custodio y el menor de edad cuando existan indicios suficientes de ilícito penal (contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o los relativos a la violencia doméstica o de género), limitándose asimismo la discrecionalidad judicial a la hora de valorar un pronunciamiento al respecto y estableciéndose como regla general y taxativa la restricción automática del derecho.

Sin embargo, la segunda parte de la recomendación es de especial trascendencia para fundamentar lo contrario a la aplicación automática y taxativa del art. 94.IV CC: el interés superior del menor y el derecho a ser oído en todas las decisiones que se adopten. Y es que, la regla general ha de ser la valoración judicial, atendiendo al interés superior del menor para acordar el derecho de visitas, comunicación y estancia, abandonándose la idea de la suspensión o privación automática por el mero hecho de resultar indicios delictivos (en el citado ámbito) contra uno de los progenitores.

C) Pacto de Estado contra la Violencia de Género

Muchas de las normas nacionales vistas anteriormente son la consecuencia legislativa del Pacto de Estado contra la Violencia de Género⁶⁵. De hecho, en el ámbito objeto de estudio, puede decirse que dicho documento, de carácter programático, ha influido directamente en la introducción de los apdos. IV y V del art. 94 CC.

El citado Pacto se articula en diez ejes de actuación, dedicándose el cuarto a la asistencia y protección de los menores. Se establece como prioridad el reconocimiento de los menores como víctimas directas (de la violencia de género), las cuales han de ser asistidas y protegidas mediante una serie de actuaciones, entre las que se encuentra revisar las medidas civiles relativa a la custodia⁶⁶. Este eje de actuación parte de la premisa de que la violencia de género es un problema para la sociedad y, por ello, hay que buscar soluciones eficaces para la protección de las víctimas y de sus hijos. Y es que, muchos autores, y también la jurisprudencia⁶⁷, han puesto de relieve que la violencia de género incide directamente en los menores de edad, considerándose análogo al maltrato infantil⁶⁸.

Resulta llamativa la relación entre el apdo. IV del art. 94 CC y la medida 204, en la que se exhibe el afán de «establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia [...]». También la influencia del Pacto puede reflejarse en el apdo. V del art. 94 CC, pues en dicho programa se dispone

⁶⁵ *Vid.* El documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género (Congreso+Senado) de 13 de mayo de 2019.

⁶⁶ «Eje 4: La intensificación de la asistencia y protección de menores. 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».

⁶⁷ STS de 18 de abril de 2018

⁶⁸ CARRACEDO CORTIÑAS, S., *Menores testigos de violencia entre sus progenitores: repercusiones a nivel psicoemocional*, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Madrid, 2018, pp. 58-59.

expresamente la necesidad de «prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género». Como puede observarse, la estructura de los reformados preceptos y las líneas programáticas del Pacto guardan cierto paralelismo. La voluntad inicial fue la suspensión imperativa del régimen de visitas, pretendiéndose que el juzgador careciese de toda capacidad de valoración de las circunstancias concurrentes, ni siquiera se hace destacar el interés superior del menor.

6. Realidad jurisprudencial: STS de 26 de septiembre de 2022

La tendencia jurisprudencial existente antes de la reforma del art. 94 CC supeditaba la suspensión del régimen de visitas del progenitor no custodio a la valoración de las circunstancias concurrentes en pro del principio de interés superior del menor.

El TS, en interpretación del art. 94 CC ha dictado la sentencia núm. 625/2022, de 26 de septiembre. En dicha resolución se planteaba el derecho del progenitor no custodio (condenado por delitos de violencia de género contra la madre de la hija en común) a relacionarse con sus hijos. La sentencia de instancia —cuya demanda inicial es interpuesta en un momento temporal anterior a la reforma del precepto—, confirmada en apelación, estableció a favor del progenitor no custodio (una vez que saliera de prisión) un régimen consistente en dos visitas semanales a desarrollar en un Punto de Encuentro Familiar.

La madre de la menor recurre en casación alegando que el régimen de visitas acordado vulnera el principio de interés superior del menor, pues de permitirse el contacto con el padre, se pondría en riesgo el desarrollo de la vida del menor en un entorno libre de violencia.

La resolución del TS, dictada antes de la publicación de la STC de 21 de octubre de 2022, recalca la necesaria relación de los progenitores con su prole, en pro de su socialización y desarrollo de su personalidad, negándose la privación de todo contacto y comunicación con ellos⁶⁹. También se argumenta que la comunicación de los padres con sus hijos es un derecho plenamente reconocido por la jurisprudencia constitucional⁷⁰, que podrá disfrutarse siempre que no comprometa el interés superior del menor. Así, deberá valorarse las circunstancias de la familia y, en todo caso, «preservar a los menores a la exposición de situaciones de riesgo cara a una deseada inserción futura en el mundo de los adultos, sin repercusiones peyorativas provenientes de las situaciones vividas». La sentencia pone de relieve que el interés superior del menor puede justificar la limitación y suspensión del contacto entre padres e hijos⁷¹ y que será el juez el que valore, atendiendo a las circunstancias, la suspensión del régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato contra su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes⁷². Este es el panorama interpretativo que

⁶⁹ «[...] los padres constituyen el centro del núcleo afectivo y de dependencia de su prole. El rol de aquellos es trascendente en el desenvolvimiento futuro de sus hijos, transmitiéndoles señales de aceptación o de rechazo, inculcándoles valores éticos, propiciando su socialización y, en definitiva, el desarrollo de su personalidad. La existencia de positivas interacciones entre padres e hijos es decisiva en el desarrollo ulterior de los menores. O, dicho de otra forma, la dinámica familiar no discurre ajena a los hijos, sino que mueve los cimientos de su desarrollo.

A un niño o a una niña, que disfruta de lazos afectivos y de apego seguro con sus progenitores, no se le puede privar del contacto y comunicación con ellos, lo que se configura como un derecho del menor [...]» STS de 26 de septiembre de 2022.

⁷⁰ «[...] debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos».

⁷¹ «En efecto, pueden concurrir circunstancias que justifiquen la limitación de tal régimen de comunicación o su suspensión, en tanto en cuanto un régimen de visitas impuesto resulte perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto "son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor"» STS de 17 de marzo de 2016.

⁷² STS de 26 de noviembre de 2015

hizo el TS del art. 94 CC a una situación cuya demanda se presentó antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, y cuya sentencia casacional es dictada ya vigentes los apdos. IV y V art. 94 CC. Esto nos lleva a determinar que el TS de siempre ha tenido sumamente claro que, en lo referente a la suspensión o privación de las relaciones de un progenitor con sus hijos, lo que prevalece por encima de todo es el principio de interés superior del menor.

La exégesis efectuada por el TC a través de la STC de 21 de octubre de 2022 nada cambia respecto a la interpretación del vigente art. 94 CC, ya que el máximo valedor del texto constitucional entiende que el precepto no predetermina la privación o suspensión automática del régimen de visitas, sino que es la autoridad judicial la que debe valorar las circunstancias (gravedad, naturaleza y alcance del delito investigado), que serán las que revelen si el interés del menor impone que se suspenda o restrinja el contacto entre el hijo y su progenitor. Con la interpretación efectuada, se confirman los postulados vigentes al momento previo de la modificación del art. 94 CC; de ahí que la reforma del precepto haya resultado innecesaria y carente de utilidad, pues los citados criterios ya estaban suficientemente claros antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Por lo tanto, la reforma no ha surtido el efecto deseado por la voluntad legislativa en consonancia con las pretensiones manifestadas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

III.- CONCLUSIONES

I.- La evolución legislativa (previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio) muestra que la pretensión del legislador, en lo referente al régimen de visitas, comunicación y estancia, fue establecer un marco jurídico propicio para la efectividad del ejercicio de este derecho, concediéndose a la autoridad judicial cierta discrecionalidad en la valoración de las circunstancias (que han de ser graves) para la

suspensión o privación. Se convierte la limitación del contacto entre progenitor no custodio y su hijo en una opción excepcional y, atendiendo a graves circunstancias; por lo que, el establecimiento del régimen sería la norma general, haciéndose valer el principio de interés superior del menor.

II.- La Ley 8/2021, de 2 de junio, viene a pretender un cambio de paradigma que, finalmente no se consigue. Se introduce *ex novo* el no acuerdo o suspensión del régimen de visita o estancia cuando el progenitor no custodio 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) o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Además, se niega el establecimiento de todo régimen cuando el progenitor se encuentre privado de libertad en un centro penitenciario cuando derive de los anteriores tipos delictivos. Se faculta excepcionalmente a la autoridad judicial para que pueda acordar el régimen atendiendo a las circunstancias de la relación paterno-filial, la cual deberá ir revestida de una resolución motivada.

III.- Una interpretación gramatical, conforme a las palabras utilizadas y, especialmente, atendiendo a los tiempos verbales utilizados, nos lleva a concluir que el art. 94. IV CC predica cierto automatismo en la no precedencia o suspensión del régimen de visita, comunicaciones o estancia cuando el progenitor no custodio 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) o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género], entrando en juego, por vía de la excepción, la posibilidad de que, a criterio judicial por las circunstancias concurrentes, se adopte lo contrario.

El conjunto de palabras «No procederá [...] se suspenderá [...] Tampoco procederá [...]» entonan de forma clara una taxatividad o imperatividad en la privación o suspensión del régimen de visita, comunicaciones y estancia del menor de edad con su progenitor no custodio. La literalidad de la norma la convierte en una regla general de aplicación directa y con escasa modulación judicial.

Las palabras «No obstante, la autoridad judicial podrá establecer [...]» indican que, a pesar de la regla general prevista anteriormente, excepcionalmente, atendiendo al interés superior del menor, el juez puede acordar el régimen mediante una resolución motivada, previa valoración de la concreta relación paternofamiliar. Es en esta segunda parte donde se introduce expresamente el interés superior del menor; como si la primera parte del precepto entendiera que una presunta situación delictiva contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos fuese *per se* perjudicial para el menor y un claro quebranto de su interés superior.

Tampoco cabe la valoración judicial de las circunstancias, en beneficio del interés superior del menor, cuando el progenitor no custodio se encuentre en prisión por los delitos mencionados. En esta sede, en cambio, ya existe sentencia firme condenatoria y puede entenderse la inadecuación del mantenimiento de contacto entre progenitor condenado y su hijo menor de edad, más aún por los concretos hechos delictivos que predica el precepto. Sin embargo, llama la atención que el juez no pueda valorar las circunstancias para el establecimiento o no del régimen de visitas, comunicaciones o estancia, dándose por hecho por la norma que el mantenimiento del derecho iría en contra del principio de interés superior del menor. A nuestro juicio, conforme al ordenamiento internacional relativo a la protección del niño, este principio debe

prevalecer en todo caso y cualquier tipo de acuerdo que adopte la autoridad judicial debe hacerlo teniéndolo presente.

Son varias las normas del ordenamiento que inciden en el interés superior del menor, lo que conlleva a concluir que dicho principio debe ser tenido en cuenta en cualquier caso cuando una decisión afecte a un menor. Es decir, se considera el interés superior del menor como el eje central que ha de regir en cualquier decisión o acuerdo que incida directa o indirectamente en un niño, aun en los casos de privación de libertad del progenitor no custodio.

IV.- El art. 94.IV y V CC, y otros preceptos de otras reformas paralelas o posteriores (arts. 66 LOVG; 544 *ter* LECrim), son la materialización de las líneas programáticas del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. La finalidad y espíritu de tales normas es la dotación de asistencia y protección de los menores de edad y de sus progenitoras como víctimas directas de la violencia. Existe una clara relación entre el literal del art. 94 IV CC y la medida 204 del citado Pacto, declarándose expresamente el interés en establecer una imperativa suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con la violencia. De igual forma, la voluntad del legislador respecto del apdo. V también deriva del Pacto, pues en este se manifiesta la necesidad de prohibir las visitas de los menores con el padre condenado por violencia de género que se encuentre en prisión. Por tanto, la *voluntas legislatoris* no es otra que la protección de las víctimas de la violencia de género (madres e hijos), plasmándose en las normas jurídicas lo que ya el legislador programó en el citado Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

V.- En la jurisprudencia, a la hora de valorar el establecimiento o no del régimen de visitas, comunicaciones o estancia, el interés superior del menor ha estado siempre presente. A pesar de la literalidad del art. 94 IV, la STC de 21 de octubre de 2022 deja

claro que este principio es el eje central en lo relativo al derecho de visitas, indicándose que el precepto no predica una automática privación al progenitor. Se sigue manteniendo que sea la autoridad judicial la que decida sobre el establecimiento o no del derecho, incluso en los casos de existencia de criminalidad por atentar contra la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o 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. Así, deberán valorarse las circunstancias de cada caso para, en interés superior del menor, acordar la privación o suspensión del régimen entre el menor y su progenitor. La solución adoptada no viene a cambiar nada de lo ya establecido antes de la Ley 8/2021, de 2 de junio, lo que lleva a afirmar que la reforma operada carece de utilidad. La solución ofrecida por el TC son los mismos postulados que ya existían antes de la reforma, por lo que el legislador no la hubiera emprendido si no es para hacer efectivo los compromisos del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Pero claro, mantener la redacción del art. 94 IV CC y una interpretación auténtica de la norma podría llevar a cuestionarse otros derechos constitucionales y, quizás, por ello, una eventual declaración de inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

AYLLÓN GARCÍA, J.D., «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio, 2022, pp. 97-116.

CARRACEDO CORTIÑAS, S., *Menores testigos de violencia entre sus progenitores: repercusiones a nivel psicoemocional*, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Madrid, 2018.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «Responsabilidad parental y violencia de género. Examen tras de un año de vigencia de la Ley 8/2021, de 4 de junio», *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2267-2290.

GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. II*, Edersa, Madrid.

HERRERA, E., *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

MAYOR FERNÁNDEZ, D., «Régimen de visitas, discrecionalidad judicial y riesgos para el menor en contextos de violencia de género», en AA.VV., *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp. 321-338.

MOYA ESCUDERO, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998.

ORTEGA CALDERÓN, J.L., «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio», *Diario la Ley*, núm. 9892, Wolters Kluwer, 2021.

PÉREZ ESCOBAR, J., *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2010.

PRADOS GARCÍA, C., «El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio, 2022, p. 350-371.

RAMOS MÉNDEZ, F., «Medidas provisionales en relación con las personas», en SERRA DOMÍNGUEZ, M., y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974.

REVERTE NAVARRO, A., *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Universidad de Murcia, 1980.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.

TORRELLES TORREA, E., «Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil», *RCDI*, núm. 791, 2022, pp. 1387-1441.

VELA SÁNCHEZ, J.A., *Las consecuencias civiles de la violencia de género: estudio doctrinal y jurisprudencial*, J.M. Bosch, Barcelona, 2022.