



TRABAJO FIN DE MÁSTER

***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN
DE ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

CURSO ACADÉMICO 2022-2023

TÍTULO

**LA SUPRESIÓN O SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS
EFECTUADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 94 DEL CC
POR LA LEY 08/2021 EN CASOS DE VIOLENCIA DE
GÉNERO**

WORK TITLE

**THE SUPPRESSION OR SUSPENSION OF THE VISITATION
REGIME EFFECTED BY THE REFORM OF ARTICLE 94 CC BY
LAW 08/2021 IN CASES OF GENDER VIOLENCE**

AUTORA:

PATRICIA PERAMATO JUAN

DIRECTORA:

MAGISTRADA DÑA. MARÍA FERNANDA FIGUEROA GRAU

**Resumen del Trabajo Fin de Máster
Curso académico 2022-2023**

Título del Trabajo: LA SUPRESIÓN O SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS EFECTUADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 94 DEL CC POR LA LEY 08/2021 EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Worktitle: THE SUPPRESSION OR SUSPENSION OF THE VISITATION REGIME EFFECTED BY THE REFORM OF ARTICLE 94 CC BY LAW 08/2021 IN CASES OF GENDER VIOLENCE

Estudiante solicitante: PATRICIA PERAMATO JUAN

Director/a del Trabajo Fin de Máster: MAGISTRADA DÑA. MARÍA FERNANDA FIGUEROA GRAU.

Resumen: La violencia de género es un problema y una lacra social cuya regulación debe adaptarse a la realidad actual existente para poder otorgar la mayor protección posible a sus víctimas, si bien, hay que tener en cuenta que, dentro de esas situaciones de violencia de género, pueden existir hijos menores. Es por ello por lo que, cuando se reforma la legislación aplicable a los hijos menores en situaciones de violencia de género, es evidente que se hace con el objetivo de garantizar la seguridad de estos para poder dotarles de la protección necesaria que necesitan fundamentándose en todo caso en el interés superior del menor. En el ámbito del derecho civil, cuando se produce una situación de violencia de género, el juez adoptará medidas civiles relativas a los menores, entre ellas, la imposición o no de un régimen de visitas entre el progenitor y el menor. En este caso, tras la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021 de 2 de junio, se impone el deber de suprimir tales visitas si el progenitor está incurso en un procedimiento de violencia de género. Sin embargo, cabe preguntarse si esta medida es restrictiva de los derechos fundamentales tanto del progenitor como del menor, y si en todo caso, esta medida es necesaria, proporcional y adecuada cuando estemos ante una

violencia de género, leve, puntual, cuyo sujeto pasivo sea la víctima y no el menor, teniendo en cuenta los perjuicios que pueden ocasionar al menor, la suspensión de la relación paternofilial.

Palabras clave: Violencia de género, menores, suspensión del régimen de visitas, guarda y custodia, medidas de protección, derechos fundamentales, relación paternofilial.

Abstract: Gender violence is a problem and a social scourge whose regulation must be adapted to the current reality in order to provide the greatest possible protection to its victims, although it must be taken into account that, within these situations of gender violence, there may be minor children. That is why, when the legislation applicable to minor children in situations of gender violence is reformed, it is clear that it is done with the objective of guaranteeing their safety in order to provide them with the necessary protection they need, based in all cases on the best interests of the minor. In the area of civil law, when a situation of gender violence occurs, the judge will adopt civil measures relating to the minors, among them, the imposition or not of a visitation regime between the parent and the minor. In this case, after the reform of article 94 of the Civil Code by Law 8/2021 of June 2, the duty to suspend such visits is imposed if the parent is involved in a gender violence proceeding. However, it is worth asking whether this measure is restrictive of the fundamental rights of both the parent and the minor, and if in any case, this measure is necessary, proportional and appropriate when we are facing a gender violence, mild, punctual, whose passive subject is the victim and not the minor, taking into account the damage that may be caused to the child, the suspension of the paternal-filial relationship.

Key words: Gender violence, minors, suspension of visitation, guardianship and custody, protection measures, fundamental rights, paternal-filial relationship.

En Santander, a 2 de febrero de 2023.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. REGULACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD COMO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	8
2.1 Regulación internacional	8
2.2 Regulación en la legislación española	10
3. REGULACIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE HIJOS MENORES EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	13
3.1. Cuadro resumen con las novedades efectuadas por la LO 8/2021 de 4 de junio y Ley 8/2021 de 2 de junio de 2021.....	19
4. LA SUPRESIÓN O SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	22
4.1. Valoración de los criterios para otorgar la guarda y custodia: especialidades en el ámbito de la Violencia de Género	24
4.2. Valoración de la supresión (o suspensión) del régimen de visitas del progenitor incurso en un procedimiento de violencia de género	27
4.2.1. Excepciones a la suspensión del régimen de visitas como regla general	30
4.2.2. ¿Cómo afecta la suspensión de la relación paternofilial a los menores?	34
4.3. El interés superior del menor	35
4.4. Valoración de la relación paternofilial	39
5. ANÁLISIS DE UN CASO REAL	41
6. ALTERNATIVAS A LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS	50
7. CONCLUSIONES.....	53
8. ANEXO I - ENCUESTAS	57
BIBLIOGRAFÍA	63

ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

CEDAW: Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

ONU: Organización de las Naciones Unidas

LECRim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LOMPIVG: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

MF: Ministerio Fiscal

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

PEF: Punto de Encuentro Familiar

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto, el análisis en virtud de la reforma operada por la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que modifica y otorga una nueva redacción al artículo 94 del Código Civil, que da lugar al no establecimiento (entiéndase supresión) del régimen de visitas, comunicaciones o estancias de los hijos menores de edad habidos dentro del matrimonio o pareja de hecho cuando el progenitor se vea incurso en un proceso de violencia de género o en caso de que existiera previamente dicho régimen, dará lugar a la suspensión del mismo por la misma causa.

En este sentido, analizaré al amparo de una situación de violencia de género, siempre que concurren determinadas circunstancias concretas tal y como expondré a lo largo del presente trabajo, y en todo caso atendiendo al interés superior del menor y a la valoración de la relación paternofilial, si resulta proporcionado y/o necesario, privar al progenitor incurso en un proceso de violencia de género, del régimen de visitas tal y como dispone el artículo 94 de nuestro Código Civil.

No cabe negar, que la violencia de género es, sin duda, un fenómeno que cada vez es más visible en nuestra sociedad, convirtiéndose en una lacra para la misma, si bien, gracias a la regulación que poco a poco va incorporándose en nuestro ordenamiento jurídico, adaptándose, cada vez más a la realidad actual en la que nos encontramos, poco a poco se intenta paliar y adoptar una protección real y efectiva para las mujeres víctimas de violencia de género.

Un aspecto que cada vez cobra más relevancia es la de los menores de edad que se ven afectados por un procedimiento de violencia de género en el que se encuentran inmiscuidos sus progenitores, pues, centrando el tema que ocupa en el presente trabajo, en aquellas situaciones en las que en un matrimonio o relación de afectividad análoga a la matrimonial, exista una violencia de género

leve, aislada, puntual, producida por ciertas circunstancias externas, por ejemplo, una discusión que da lugar a un delito leve de injurias, o se trate de una riña mutuamente aceptada por parte de ambos, o bien por tratarse de relaciones tóxicas, es decir, malas relaciones de dependencia entre los progenitores, valoraré, en el presente trabajo, si en dichas situaciones existe o no un riesgo directo para los menores, pues cabe preguntarse si esos hijos menores están obligados a criarse y desarrollarse sin relacionarse con su progenitor, pues ¿es realmente necesario privar a un hijo menor de edad del derecho fundamental que tiene a estar con su padre?.

Estas cuestiones son las que trataré de abordar en el presente trabajo, basado en jurisprudencia, doctrina, legislación, y demás herramientas jurídicas y en particular, se examinará un supuesto concreto ocurrido recientemente en la localidad de Santander.

En todo caso, analizaré los antecedentes de la regulación del régimen de visitas de hijos menores de edad en casos de violencia de género y su evolución hasta el momento actual en el que nos encontramos.

No obstante, aclarar que este trabajo versa sobre la relación paternofilial entre progenitor y su hijo menor, sin que genere dudas el hecho de que esta cuestión se encuentre dentro de un procedimiento de violencia de género, extremo que, en todo caso, debe ser perseguido, castigado y particularmente condenado para poder, en todo caso, prevenirla y luchar para que se les dé la debida consideración y protección a las víctimas de violencia de género.

Para finalizar con la presente exposición, en ultimo lugar formularé distintas alternativas para llevar a cabo dicho régimen de visitas pues, por razones obvias, al concluir que a pesar de que al amparo de las circunstancias del caso, esas actuaciones del progenitor en relación con un delito de violencia de género pueden no entrañar peligro alguno para la vida del menor, no es 100% real y efectivo pues es un elemento que no se puede controlar con una seguridad absoluta para dichos menores.

Así, en base a lo expuesto, y a través del presente trabajo, concluiré, como ante determinados supuestos, cuando se cumplan determinadas circunstancias concretas, no es necesario una suspensión o supresión de la relación paternofamiliar entre el progenitor incurso en un proceso de violencia de género y su hijo menor, y con ellos abordaré las distintas razones por las que considero que no debe suspenderse o suprimirse el régimen de visitas que contempla el artículo 94 del Código Civil.

2. REGULACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD COMO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

2.1 Regulación internacional

La violencia de género es un problema y una lacra social que, en todo caso, genera consecuencias tanto de carácter penal como de carácter civil, sobre todo si dentro del contexto de esa violencia de género existen hijos menores de edad en común. De manera que es un fenómeno que en la actualidad debe perseguirse y particularmente debe legislarse, en atención a los cambios sociales que la sociedad va experimentando con el paso del tiempo.

Para empezar, es importante señalar que la primera referencia en el derecho internacional de la violencia de género surge al amparo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹, si bien adolece de referencia alguna sobre los hijos de las mujeres que han sufrido esta violencia de género.

Es preciso señalar que la regulación de los derechos de los niños y/o menores, se ha ido produciendo paulatinamente, si bien ha sido una cuestión que siempre ha estado presente de manera que se ha abordado de una manera más temprana en el tiempo que la propia violencia de género en sí misma, y todo ello debido a la importancia que se le ha dado internacionalmente a la protección del menor.

De hecho, ya en los Pactos Internacionales tanto de los Derechos Civiles y Políticos como de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales² que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas, en adelante ONU, influirán positivamente en la creación y desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, aprobada en la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, donde se recoge expresamente por primera vez el derecho de los menores a no ser maltratados³, por lo que desde este momento, es donde se puede empezar a hablar de una verdadera inclusión de la no violencia, en términos generales, para con los menores.

En este sentido, una novedad surge al amparo de la Observación General Número 13 del Comité de los Derechos del Niño, que es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Parte⁴, según se define así en la página oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la que aclara lo que debe entenderse como maltrato en la infancia, calificándolo como cualquier *“acción, omisión o trato negligente, no accidental, que prive al niño o a la niña de sus derechos y su bienestar, que amenacen y/o interfieran su ordenado desarrollo físico, psíquico y/o social, cuyos autores puedan ser personas, instituciones o la propia sociedad”*. (La cursiva es mía).

Posteriormente, será el propio Parlamento Europeo quién apruebe la Carta Europea de los Derechos del Niño, el 8 de julio de 1992, como instrumento de adaptación de la propia Convención sobre los Derechos del Niño.

Para terminar con los instrumentos internacionales, resulta destacable el Convenio de Estambul, elaborado por el Consejo de Europa el 11 de mayo del 2011, donde se incluye la necesidad de que los Estados Parte de este Convenio puedan regular la pérdida de los derechos de la patria potestad de los autores de delitos relacionados con la violencia de género, cuando el interés superior del menor no pueda garantizarse de ninguna otra forma. Además, en el artículo 31 se recuerda la necesidad de valorar, al

¹ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.

² OCÓN DOMINGO, J. “Normativa internacional de protección de la infancia”, *Cuadernos de Trabajo Social*, Universidad de Granada, 2006, p.115.

³MILLÁN. S, GARCÍA. E, HURTADO, J.A, MORILLA.M, SEPÚLVEDA. P, Victimología infantil, *Cuadernos de Medicina Forense*, Málaga, nº 43-44, enero/abril 2006, versión online ISSN 1988-61, disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100001#back

⁴ Página del Comité de los Derechos del Niño <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

fijar el régimen de custodia y de visitas sobre los hijos, los incidentes de violencia ocurridos, así como la necesidad de evitar que su desarrollo, comprometa, en ningún caso, los derechos y la seguridad tanto de la víctima como de los hijos menores⁵.

Esto es precisamente, lo que España acogerá en sus leyes años más tarde, con el fin de dotar de una mejor y mayor protección a los hijos menores de edad que se vean afectados por cualquier actuación que provoque una situación de violencia de género.⁶

De hecho, en el Convenio de Estambul, también se establece la necesidad de valorar un régimen de custodia y de visitas sobre los hijos sobre los que recaía esa violencia y la necesidad de que su imposición y desarrollo comprometiera o perjudicara, en ningún caso, la seguridad y los derechos, tanto de la víctima como de los menores (se desprende que ya existe una diferenciación entre la víctima y los hijos menores, es decir, se empiezan a calificar y a tratar como sujetos diferenciados)⁷.

Así, estos instrumentos han sido los logros más importantes realizados en el plano internacional, culminando con que los Estados Parte de estos instrumentos internacionales empezaran a desarrollar legislación nacional incluyendo este tipo de cuestiones con el fin de mejorar la protección otorgada a los menores de edad en el ámbito de la violencia de género.

2.2 Regulación en la legislación española

En España surge como novedad la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) que aparece gracias a la propia Convención de los Derechos del Niño, donde se pretende implementar “*una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la*

⁵ PAZ FILGUERIA.P, Menores y su protección. Estudios y balance de las reformas de la ley 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Boletín Violencia de Género, Juezas y Jueces para la Democracia*, Madrid, nº 13, septiembre, 2022, p. 12.

⁶ Artículo 45 del Convenio de Estambul del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011. <https://rm.coe.int/1680462543>

⁷ La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 CC tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio. Juan Luis Ortega Calderón, Diario la Ley nº 9892, sección tribunal, 15 de julio de 2021, Wolters Kluwer, página 3 <https://rm.coe.int/1680462543>

*sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo*⁸). (La cursiva es mía).

Si bien es cierto que esta ley no hace alusión, ni contempla, en definitiva, a los hijos menores como víctimas de violencia de género, no obstante, es un paso para ir teniendo en cuenta la protección que necesitaban en esos momentos los propios menores, pues en el artículo 11.2.i de la propia Ley, se establece que son principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, entre otros:

*“La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos, humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente (...), la violencia de género (...) y cualquier otra forma de abuso”*⁹.

Unos años más tarde, surge la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG), Ley 1/2004 de 28 de diciembre de 2004, en la que su Exposición de Motivos justifica, ya con carácter previo, que dichas medidas no son para proteger directamente a los menores, sino que estos pasan a ocupar un segundo plano¹⁰, pues en todo caso la protección directa recae sobre las propias víctimas de violencia de género.

Sin embargo, hay que señalar que la exposición de motivos de la Ley 27/2003 de 31 de julio, por la que se regula la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica se establece claramente, que la Orden de Protección permite que la víctima tenga, en cualquier caso, un estatuto integral de protección que concentra de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal, pues obtendrá, entre otras cosas, una resolución judicial que incorpore tanto medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor, como medidas orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica tanto a la persona agredida como a su familia.

⁸ Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 17 de enero de 1996. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

⁹ Artículo 11.2.1.i de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del menor. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

¹⁰ Apartado 2º de la Exposición de Motivos de la LOMPIVG 1/2004: “Las 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 violencia. La ley contempla también su protección, no solo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.

La protección que otorgan estas medidas supone que no sea necesario acudir al proceso civil para regular las medidas civiles derivadas de tal situación, pues, del mismo proceso de violencia de género se pueden regular ya, cuestiones relacionadas con los hijos menores de la víctima, por lo tanto, de forma indirecta ya se empieza a contemplar cuestiones relativas a esos menores, sin que la víctima tenga que acudir a ambas jurisdicciones, provocándole un perjuicio mayor.

De esta manera, empieza a observarse una protección hacia los menores permitiendo ver que estos ya empiezan a gozar de un estatus de víctima en el ámbito de violencia de género pues, su protección ya no queda relegada en un segundo plano, ya que las medidas que afectan a esos menores se pueden adoptar en el mismo plano que en el que se desarrolla el delito de violencia de género, dado que el evitar desplazarse a otra jurisdicción para adoptar estas medidas civiles concernientes a los menores de edad, les dota de una mayor protección.

Pasarán unos años en los que se mantenga esta situación hasta que el 25 de abril del 2014, se presenta la Reforma de la Legislación de Protección a la Infancia, por la que se pretende la modificación del propio artículo 1 de la LOMPIVG considerando, ahora sí, a los menores como víctimas directas de la violencia de género, pues recordemos que antes sólo eran meros testigos de la misma, imponiendo, además, la obligación de los Jueces a manifestarse a través de un pronunciamiento relativo a las medidas cautelares que afecten a los hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género con el fin de poder garantizar la protección de estos menores¹¹.

Una vez visto, en términos generales como se ha ido incardinando lentamente la incorporación de los menores como víctimas de violencia de género, trataré de abordar el caballo de batalla del presente trabajo, siendo pues, la regulación del régimen de visitas de hijos menores cuando se produce por el progenitor un delito de violencia de género.

¹¹ RUIZ RUIZ. MR, Comentarios al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por Violencia de Género, del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, *Revista de Derecho UNED*, Madrid, nº 15, 2014, p. 525, p.4 Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rduned.15.2014.14121>

3. REGULACIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE HIJOS MENORES EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El 25 de abril del 2014, se presentó la Reforma de la Legislación de la Protección a la Infancia¹², que culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio (en adelante LO), de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que tiene una serie de consecuencias jurídicas importantes en materia de violencia de género.

En primer lugar, como ya se ha referido anteriormente, si bien resulta primordial, el reconocimiento a los hijos menores de edad como víctimas directas de la violencia de género, modificando así el artículo 1 de la LOMPIVG donde los menores ya son considerados víctimas directas de la Violencia de Género¹³.

Partiendo de que nos encontramos en el ámbito de la violencia de género y que los menores resultan afectados por la misma, hay que señalar que en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, esto es, el derecho que tiene el progenitor a estar con sus hijos, o el régimen de comunicación con el menor que le pudiera corresponder, deberá primar en todo caso, el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, siendo, por tanto, una novedad, pues, refuerza el interés superior del menor que siempre ha sido el elemento primordial para la protección de los menores si bien, para estos casos en los que los menores se vean envueltos en cualquier tipo de violencia de género, se les pone en el centro del sistema, donde el resultado perseguido por el legislador, es en todo caso, la seguridad y protección absoluta del mismo.

El criterio mantenido por la jurisprudencia es que el interés superior del menor que el artículo 94 del Código Civil (en adelante CC) pretende proteger y preservar, no se basa en el propio mantenimiento de las relaciones familiares sino en la protección de las

¹² RUIZ RUIZ. MR, Comentarios al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de Ley de protección a la infancia, *Revista de Derecho, UNDE*, nº15, 2014.

¹³ La delegación del Gobierno para la Violencia de Género informa sobre la Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Página 2. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/laDelegacionInforma/pdfs/DGVG_INFORMA_LEYES_INFANCIA.pdf

personas menores de edad de las consecuencias tan graves y nocivas para su vida, para su integridad física y psicológica y para el normal desarrollo de su personalidad que se derivan de su exposición a conductas de violencia de género, pero que en todo caso, exige un juicio de ponderación de todas las manifestaciones relativas al interés superior del menor¹⁴.

La LO 8/2015, modificará distintos artículos de la LOMPIVG, de manera que, por primera vez en nuestra legislación nacional, se impone la posibilidad que ostenta el Juez para, si lo considera en atención a graves circunstancias concurrentes en las que no pueda garantizarse la seguridad del menor, suspender el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con el inculcado por violencia de género, respecto de los menores que dependan de él.

Cabe preguntarse si la comisión de cualquier tipo delictivo de violencia debe ser considerado como una circunstancia tan grave hasta el punto de tener que suspender el régimen de visitas y comunicación de un progenitor con sus hijos menores. Esto lleva a plantearse, ¿qué se entienden como circunstancias graves?

En este sentido, pueden considerarse como circunstancias graves el incumplimiento reiterado del progenitor de los deberes que tiene inherentes como progenitor, o bien, trastornos psicológicos, problemas de adicción a drogas o a bebidas alcohólicas, realización de nuevas conductas de violencia de género, la instrumentalización de los menores para seguir ejerciendo esa violencia o la ausencia de interés del padre por mantener el contacto con sus hijos menores.

Sobre una de estas cuestiones y que servirá a modo de ejemplo, se pronuncia la Audiencia Provincial de Lugo, cuando trata de dilucidar si es conveniente interponer un régimen de visitas respecto de un progenitor que es drogodependiente, pues en este extremo, la Audiencia sostiene que la influencia de un progenitor con estas adicciones, representa un riesgo para el desarrollo y bienestar de la menor, donde en todo caso, la interposición de esas visitas es contrario al interés superior de la misma¹⁵.

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense 854/2022 de 21 de noviembre de 2022.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 9 de diciembre de 2020.

En la misma sintonía se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona al condicionar las visitas de un padre alcohólico a que su estado de salud “fuera el correcto”, pues si el estado de salud no era adecuado o se negaba a participar en el seguimiento con respecto a la alcoholemia, no podría ejercitar en ningún caso su derecho a visitas con respecto a su hijo menor¹⁶.

De hecho, la Audiencia Provincial de Valencia, sostiene que el padre se había mostrado preocupado por los menores, pero más allá de tales consideraciones, no ha quedado acreditado que el demandante y progenitor (que interpuso demanda de modificación de medidas paternofiliales solicitando la atribución de un régimen de visitas pues se le había suprimido por su adicción al alcohol), no había superado su adicción pues él mismo expuso a la perito que meses después de interponer la demanda, tuvo una recaída en el abuso del alcohol y había tomado la decisión de ingresar de nuevo en un centro de deshabituación. De manera que debe supeditarse en todo caso, la relación de los menores con el progenitor a la recuperación de este de las cualidades mínimas para el ejercicio de la relación parental, no bastando su mero deseo de manera que no es beneficioso para los hijos la relación con el progenitor en el momento actual, de manera que, se mantiene la supresión de tales visitas¹⁷.

Sin embargo, en un caso acontecido en el País Vasco, el progenitor estaba incurso en un procedimiento de violencia de género, si bien, los indicios apreciados lo eran de un único, concreto y puntual episodio fáctico en el contexto de una relación de pareja que se hallaba en situación de crisis conyugal y que presentaba un carácter leve, puesto que la calificación jurídica era de un delito de amenazas leves, de manera que el supuesto de hecho y la calificación jurídica del delito, no permitía inferir del autor peligrosidad hacia los menores, ni una limitación de sus capacidades parentales, lo que se acreditaba en la medida en que no se habían producido nuevos episodios penalmente relevantes de ningún tipo, pues las partes ya no convivían juntas, habiendo evitado el actor todo contacto y conflictividad con la otra parte, de manera que, en este caso, se permiten las visitas¹⁸.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 74/2019.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 567/2019, de 18 de septiembre de 2019.

¹⁸ Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián 3/2021 de 31 de enero de 2022.

Hablamos en cualquier caso de una posibilidad que recogía la referida Ley 8/2015, que tenía el Juez respecto al progenitor inculcado por violencia de género, de manera que se trataba, en todo caso, de una potestad discrecional, ya que es el propio artículo el que le otorga la facultad al Juzgador de poder suprimir (o no imponer) tales visitas, o bien podía no ejercer dicha facultad, en cuyo caso podía mantener ese régimen de visitas, si bien con la obligación de pronunciarse acerca de todos los aspectos sobre ese régimen de visitas, es decir, sobre la manera en la que se desarrollaría este régimen¹⁹.

Por otro lado, en la Disposición Final Tercera de la LO 8/2015 de 22 de julio, aparece en primer lugar, la modificación del artículo 61.2 de la LOMPIVG donde, en términos generales, viene a decir que, en casos de violencia de género, el juez debe pronunciarse sobre las medidas cautelares y aseguramiento de los hijos que convivan con ellos, especialmente las recogidas en los artículos 64, 65 y 66 de la LOMPIVG²⁰.

El artículo 65 de la LOMPIVG quedó modificado de la siguiente manera, pues ya queda plasmado en la Ley de Violencia de Género que el Juez puede suspender para el inculcado por violencia de género, el ejercicio de la Patria Potestad, guarda y custodia, tutela, curatela o guarda de hecho, pero en caso de decidir no suspenderlas, deberá pronunciarse sobre el régimen que deba imperar en cuanto a tales mecanismos²¹. Con esta reforma se permite por primera vez suspender el ejercicio de la patria potestad (derecho fundamental de los padres) para poder otorgar a los menores de edad, cuando se vean “salpicados” por esa violencia de género que se haya producido entre sus progenitores, la mayor protección posible.

Por tanto, puede inferirse que, fuera de esas circunstancias graves, que aluden a problemas conductuales del progenitor, reiteración en los comportamientos que entrañan violencia de género o una pasividad ante la relación para con los hijos menores, dependiendo en todo caso de la levedad del delito (como se puede apreciar en

¹⁹ MAGRO SERVET. M., presidente de la Audiencia Provincial de Alicante, Cuadro de modificaciones afectantes a la violencia de género en las recientes reformas legislativas, *La ley Penal*, nº 120, Sección Práctica penal, del 1 de mayo al 1 de junio 2016, Editorial, La ley 3665/2016. Disponible online en: <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFICTEAAiNjEwMzE7Wy1KLizPw8WyMDQzMDMwNDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAKMbN-g1AAAAWKE#>

²⁰ Disposición Tercera de la LO 8/2015

²¹ Artículo 65 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004 de 28 de diciembre.

el caso anterior que era un delito de amenazas leve y puntual) y del sujeto pasivo, no queda justificado en ningún caso, una suspensión de las visitas del progenitor para con sus hijos menores.

Por último, será el artículo 66 de la LOMPIVG la que permita la suspensión mencionada anteriormente del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, si bien, es el propio artículo el que dispone que, si en atención al interés superior del menor el Juez no acordara la supresión de tales visitas, deberá igualmente pronunciarse sobre el régimen de las mismas para poder llevarlas a cabo²².

Es necesario reseñar que la regla general que, antes de las reformas que abordaré a continuación, imponían los Juzgados y Tribunales españoles era el establecimiento de un régimen de visitas del progenitor incurso en un proceso de violencia de género, que solo cedía, es decir, que solo podía suprimirse cuando se pudiera esgrimir y constatar la existencia de un posible ejercicio directo de esa violencia de género sobre dichos menores, o bien, si ese régimen de visitas pudiera generar y comprometer la propia integridad y estabilidad de los menores.

La LO 8/2015 de 22 de junio que supuso una novedad para la regulación de los menores por su introducción dentro del ámbito de protección de la Violencia de género, no fue óbice para que la misma fuera posteriormente reformada por dos normas, a saber:

- Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Es la Ley 8/2021 de 2 de junio, la que introduce la cuestión más controvertida y en la que se centra el presente trabajo, con la modificación que sufre el artículo 94 del Código Civil, el cual dice lo siguiente:

“No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera, se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentado 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 (...)”²³.

Es más, la LO 8/2021 de 4 de junio, también dio lugar al nuevo apartado del artículo 544.ter. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), que trata precisamente, el régimen de visitas cuando exista cualquier tipo de violencia en el hogar, de ahí que en su apartado séptimo se añada el siguiente párrafo:

“Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial no podrá acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar”²⁴.

²² Es curioso como este artículo utilizaba el interés superior del menor para no suprimir este régimen de visitas, siendo completamente al contrario de lo que se regulará a continuación

²³ Artículo 94 del Código Civil Español. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

²⁴ Artículo 544.ter.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

3.1. Cuadro resumen con las novedades efectuadas por la LO 8/2021 de 4 de junio y Ley 8/2021 de 2 de junio de 2021.

REGULACIÓN ANTES DE LA REFORMA OPERADA POR LA LO 8/2021 DE 4 DE JUNIO	REFORMA OPERADA POR LA LO 8/2021
<p>Art. 544. Ter LECrim: Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.</p>	<p>Art. 554.ter de la LECrim: Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Estas medidas podrán consistir como se ejercerá la p.potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios. Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el aptdo. 1, 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. 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.</p>
<p>Art. 92.2 CC: El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.</p> <p>Art. 92.9 CC: El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.</p> <p>No existía anteriormente el apartado 10 de este artículo.</p>	<p>Art. 92.2 CC: El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.</p> <p>Art. 92.9 CC: El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.</p> <p>Art. 92.10 CC: El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.</p>

<p>Art. 158.6 CC: 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. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.</p>	<p>Art. 158.6 CC: 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. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma.</p>
<p>Art. 1 LO 1/2004 LOMPIVG: No existía el apartado cuarto.</p>	<p>Art.1.4 LO 1/2004 LOMPIVG: 4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero</p>

<p>REGULACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA EFECTUADA POR LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO</p>	<p>REFORMA OPERADA POR LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO</p>
<p>Art. 94 CC: El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.</p>	<p>Art. 94 CC: 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. 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.</p>

Por tanto, las principales novedades derivadas de las reformas efectuadas por estas leyes, son las siguientes:

- Se reconocen a los menores de edad como víctimas de violencia de género.
- Se pasa del reconocimiento del derecho que ostentaba el progenitor no custodio de visitar, comunicarse y tener en su compañía a sus hijos menores, imponiendo al juez la obligación de pronunciarse sobre tal régimen (duración, modo..), y de la posibilidad que tiene de limitarlo o suspenderlo ante circunstancias graves que lo aconsejaran a la supresión directa (o suspensión en el caso de que hubiera un régimen de visitas anterior), cuando el progenitor se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por violencia de género.
- Se pasa del deber que tenía el juez, cuando existieran menores que convivieran con la víctima, de pronunciarse sobre la pertinencia de las medidas civiles sobre la atribución de la vivienda familiar, la determinación del régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores y el régimen de alimentos, a que cuando se dicte una orden de protección y existan indicios fundados de que los menores hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia, el juez tiene obligación de suspender el régimen de visitas (con la excepción de no suspenderlo mediante resolución motivada que atienda al interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial).
- Antes se contemplaba que el juez pudiera adoptar disposiciones que considerara oportunas para apartar a los menores de un peligro o para evitar cualquier perjuicio en su entorno familiar o frente a terceras personas, si bien ahora, se regula directamente la suspensión cautelar del ejercicio de la patria potestad, guarda o custodia, la suspensión del régimen de visitas y cualquier otra disposición oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle cualquier perjuicio en base a su entorno familiar o frente a terceras personas.

4. LA SUPRESIÓN O SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Como he explicado en el punto anterior, el Juez debe, ahora, suprimir el régimen de visitas del progenitor que se vea incurso en un procedimiento de violencia de género, o suspenderlo si ese progenitor tuviera reconocido un régimen de visitas anterior, y ello en aras de protección a los menores, pero esto puede suponer que sea una medida excesivamente restrictiva de derechos fundamentales tanto para el progenitor como para el menor en base al siguiente planteamiento.

Puede suceder que nos encontremos en presencia de un procedimiento de violencia de género en el que dicha violencia exista pero de una forma leve, es decir, que se produzcan situaciones en los que haya excesos verbales, desacuerdos, discrepancias o incluso riñas entre los progenitores que excedan de los límites socialmente definidos y por ende, aceptados, propias de cualquier relación sentimental en nuestra sociedad actual, ocasionada por malas relaciones entre los progenitores, derivados en la mayoría de los casos por la toxicidad de tales relaciones, de manera que esa violencia de género se produce a través de un único hecho **puntual y aislado**.

Así, cuando hablo de una violencia leve me refiero a las amenazas leves del artículo 171.7 del Código Penal (en adelante CP), coacciones leves del 172.3 CP, injurias y vejaciones injustas leves del 173.2 del CP o un maltrato de obra del 143.3 CP. En este sentido, previamente es conveniente diferenciar entre lo que se entiende por delito, y delito leve, por ello, el Tribunal Supremo sostiene que la naturaleza de un delito se determina, en todo caso, por la pena asignada. La sentencia 392/2017, de 31 de mayo²⁵ sostiene que un delito tiene la consideración de grave, menos grave o leve en atención a la catalogación de las penas que aparece en el artículo 33 del CP previstas para la infracción de la que se trate²⁶. De manera que podemos definir las como aquellas infracciones que la ley castiga con penas leves por no revestir tanta gravedad como un delito.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 392/2017 de 31 de mayo de 2017.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 152/2022 de 22 de febrero de 2022.

Subrayo estos calificativos puesto que me parece primordial el poder diferenciar los distintos tipos de violencia de género que desgraciadamente suceden en nuestro país, para poder fundamentar la idea que impera el presente trabajo.

En este contexto, es conveniente recordar que, generalmente, los delitos de violencia de género no coinciden con las calificaciones de los delitos generales, pues se produciría la famosa asimetría penal donde se sanciona con mayores penas algunos tipos delictivos cuando se produce al amparo de una situación de violencia de género, como sucede por ejemplo con el delito de lesiones o el delito de maltrato de obra o como la penalización de injurias donde no hay sanción fuera de la violencia género (artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 del CP), si bien todo ello responde a las pautas culturales (de género) que son inherente o consustanciales al maltrato en la pareja por parte del hombre a la mujer de quién es o haya sido cónyuge o pareja, que dotan en todo caso a la conducta de un plus de lesividad²⁷.

Como ya referí al principio de este trabajo, cabe reiterar que, por una parte, cualquier tipo de violencia de género, sea grave, leve, ocasional, puntual o reiterada en el tiempo debe ser perseguida, reprimida y plenamente castigada en todos y cada uno de los casos, puesto que es, como he mencionado al inicio del presente, un fenómeno contra el que hay que luchar, y frente al que hay que proteger a todas las víctimas (ya sean mujeres o menores a los que les afecte) y en segundo lugar por ser un problema social tan importante que está presente cada día en nuestra sociedad actual.

Retomando la necesidad de supresión (o suspensión) o no del régimen de visitas, parece que en los casos referidos anteriormente de menor entidad y en los que el sujeto pasivo no ha sido el menor, no queda justificada la medida que impone directamente el artículo 94 del CC, al suprimir o suspender directamente ese régimen de visitas respecto del padre que se encuentra sometido a un proceso de violencia de género.

Por otro lado, encontramos que la vía procesal para que se pueda producir la supresión del régimen de visitas (o suspensión en caso de que se hubiera adoptado con

²⁷ PASAMAR BOLDOVA. MA, El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión, Zaragoza, 2020, inDret, p. 5-6, p. 178-179 Disponible online en: https://zagan.unizar.es/record/96173/files/texto_completo.pdf

anterioridad un régimen de visitas), se concreta en la medida cautelar del artículo 544. Ter.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que actúa como una medida de protección de los menores y que en el ámbito que nos ocupa, si dicha supresión (o suspensión) se aplica en los casos expuestos, puede llegar a convertirse en una auténtica “condena” para el progenitor, como sería en aquellos casos en los que haya transcurrido un largo periodo de tiempo. Por ejemplo, si ese progenitor hace uso del derecho que tiene a recurrir, e imaginemos que interpone recurso de casación ante el TS, con la dilación de los procedimientos que hoy en día sufren nuestros Juzgados y Tribunales, dicho progenitor se vería privado del derecho que tiene a ver a su hijo durante un gran periodo de tiempo.

4.1. Valoración de los criterios para otorgar la guarda y custodia: especialidades en el ámbito de la Violencia de Género

Resulta conveniente entrar a valorar la práctica de los Jueces y Tribunales a la hora de adoptar la medida relativa a la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en casos en los que se han producido situaciones de violencia de género, pues permitirá conocer los criterios usados para poder compararlos con los que se arguyen para la suspensión del régimen.

En este punto, el artículo 92 del Código Civil que como expliqué anteriormente, fue modificado por la LO 8/2021 de 4 de junio, estableciendo de forma general, el sistema de la custodia compartida, y dispone que cuando los progenitores lo solicitaran en el convenio regulador o cuando llegaran a ese acuerdo durante el procedimiento, se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos. Si bien, antes de acordarse dicho régimen, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores, que tengan suficiente juicio cuando sea necesario, valorar las alegaciones de las partes en la comparecencia y en la prueba practicada y la relación que los padres tengan entre sí y para con sus hijos a la hora de determinar la idoneidad de los progenitores con el régimen de guarda y custodia compartida. Es más, excepcionalmente, el Juez a instancia de una de las partes con el informe favorable del

MF, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor²⁸.

El TS dispone los siguientes criterios para adoptar la custodia compartida²⁹:

- Los deseos manifestados por los menores competentes.
- El número de hijos.
- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales.
- El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales.
- El resultado de los informes del equipo psicosocial exigidos legalmente.
- Cualquier otro que permita a los menores el desarrollo de una vida adecuada.

La custodia compartida conlleva la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo acuerdo para adoptar decisiones y conductas que beneficien al menor para no perturbar su desarrollo emocional si bien, ello no impide que la existencia de desencuentros propios de cualquier crisis, no autoricen este régimen de guarda y custodia compartida, salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Únicamente no procederá cuando la tensa situación de los progenitores sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial³⁰.

Por el contrario, procede la custodia exclusiva en los siguientes casos:

- Por imperativo de la ley, como es en los casos de violencia de género. Pues en este caso, con la modificación del artículo 92 del CC, se establece que no procede la guarda conjunta cuando los progenitores estén incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, integridad o libertad del otro cónyuge o de los hijos ni cuando existas indicios fundados de violencia doméstica o de género³¹.
- Cuando los progenitores no hayan solicitado la guarda y custodia compartida.

²⁸ Artículo 92 del Código Civil.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2017

- No proceda en interés superior del menor la guarda y custodia compartida.

Es precisamente a raíz de lo expuesto, por lo que el TS, en sentencias como 350/2016 de 26 de mayo, 23/2017 de 17 de enero, 175/2021 de 29 de marzo y 31/2021 de 31 de mayo, no se acuerda una custodia compartida por verse, el progenitor, inmiscuido en un proceso de violencia de género. Si bien en todas hacen referencia a la mala relación entre los padres y la posibilidad de que puedan adoptar cualquier tipo de decisión o dialogo para con los menores³², aunque en este aspecto considero que, aunque haya una restricción de comunicación entre los progenitores, la toma de decisiones relativas a los menores podría llevarse a cabo por un tercero, sin necesidad de que haya comunicación directa entre los progenitores.

En otro caso distinto, el Juzgado de Primera instancia atendía a las pretensiones de la madre de establecer la guarda y custodia de los hijos a su favor, con un régimen de visitas tutelado en un Punto de Encuentro de Familiar, mientras estuviera vigente la orden de protección que se estableció a favor de la víctima frente al padre. La Audiencia Provincial estimó el recurso del progenitor donde se le atribuía una guarda y custodia compartida con los menores, si bien, la madre interpone Recurso de Casación ante el TS, por ser contrario al artículo 92 del CC, sobre la incompatibilidad de la guarda y custodia compartida por episodios relacionadas con la violencia de género; finalmente, el TS sostiene que el progenitor había sido absuelto de los delitos de violencia en el ámbito familiar por los que había sido acusado, de tal manera que no existe impedimento alguno para poder establecer una custodia compartida³³.

Concretamente, esta Sentencia sostenía que *“a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad, habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de las circunstancias, dado que fue uno*

³¹ Artículo 92 del Código Civil.

³² Sentencia del Tribunal Supremo 729/2021 de 27 de octubre.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo 251/2016 de 13 de abril de 2016

de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 de CC. Por lo expuesto se estima el sistema de custodia compartida”.

Por lo tanto, ya el hecho de que el progenitor se vea inmiscuido en un proceso de violencia de género hará que se vea privado de la guarda y custodia, haciendo que ésta se otorgue a la madre (y víctima de violencia de género), lo que de inicio puede ser comprensible debido al comportamiento del padre, ya que no se pueden dejar sin respuesta actos de violencia de género en el ámbito familiar³⁴, pues si obtuviera una custodia parecería que se le estaría premiando. Sin embargo, esta medida lleva aparejada la supresión (o suspensión) del régimen de visitas, comunicación y estancias para con el menor, sin haber valorado previamente la relación paternofilial y el interés superior del menor, pues en aquellos casos en los que el progenitor haya incurrido en un delito leve, como puede ser un delito de injurias, ocasionado por una mala relación entre los progenitores en los que se haya producido durante una discusión, ¿es necesaria esta medida?. En todo caso, hay que valorar y tener en cuenta, si ese progenitor se ocupa de las necesidades del menor, si mantienen entre ellos una buena relación, y si sobre ese menor no ha recaído ningún tipo de violencia, es conveniente preguntarse, ¿es proporcional la ruptura de esa relación paternofilial?.

4.2. Valoración de la supresión (o suspensión) del régimen de visitas del progenitor incurso en un procedimiento de violencia de género

Cabe partir de la consideración de que la medida contenida en el artículo 94 del CC, ante el deber de suprimir (o suspender) el régimen de visitas al progenitor incurso en un procedimiento de violencia de género, no sólo afecta directamente al progenitor, sino que también afecta al menor y a sus derechos fundamentales, y en este caso el legislador no ha tenido en cuenta ni cómo afecta para el desarrollo de ese menor la ruptura de esa relación paternofilial ni que finalmente, el progenitor acabe siendo absuelto, es decir, que finalmente el progenitor no resulte, en consecuencia, con el delito de violencia de

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 3/2016 de 4 de febrero.

género, culpable. De manera, que se va a ver privado del derecho fundamental de ver a su hijo, durante un tiempo que no va a poder recuperar, sin haber observado las características del caso concreto, pues únicamente se limita a aplicar una regla automática que es la contenida en el propio artículo 94 del Código Civil.

Siguiendo con este razonamiento, la supresión (o suspensión) de tales visitas puede vulnerar uno de los de los derechos fundamentales de nuestro derecho constitucional, la presunción de inocencia, debido a que esta supresión supondría que se está (pre)juzgando al sujeto, dando por hecho que va a ser condenado, pues si el artículo 94 del CC ya acota que las mismas se suprimirán desde que el progenitor se halle inmerso en un procedimiento de violencia de género, nos encontramos todavía en una fase instructora, de manera que, ¿esta medida no supondría un plus de punibilidad para ese progenitor?.

En este sentido hablamos de que si una de las medidas penales puede ser la supresión o inhabilitación de la patria potestad, derivadas de un delito de violencia de género, pero esta no se llega a imponer, y mientras, respecto a las medidas de carácter civil, para la protección de los menores que se ven dentro de un proceso de violencia de género en el que se encuentran sus progenitores, se impone la supresión (o suspensión) del régimen de visitas supone, al fin y al cabo, que optar por una u otra, daría lugar, incuestionablemente, a la supresión de la relación paternofilial entre el progenitor y su hijo menor de edad, pues reitero que, que optar por una u otra daría lugar al mismo resultado.³⁵

Tendríamos que responder en sentido afirmativo a dicho plus de punibilidad, puesto que de esta manera también se estaría afectando al derecho fundamental que tiene el menor de relacionarse con su progenitor, y también con el resto de la familia paterna pues si se suspende la relación con el progenitor, indirectamente también se estaría limitando el vínculo del menor con la familia de su progenitor, (esto es con la familia paterna), sin haber finalizado el procedimiento y recaído sentencia de condena, sin obviar los

³⁵ ORTEGA CALDERÓN. JC, La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 CC tras la reforma por la Ley 8/21 de 2 de junio, *Diario la Ley* n° 9892, Sección tribunal, julio, 2021, Wolters Kluwer, p. 14 y 15.

supuestos a los que me he referido de menor entidad y en los que el sujeto pasivo nunca fue el menor. Sin olvidar los perjuicios psicológicos que causarían en el desarrollo y crecimiento de ese menor pues en todo caso estaría desarrollándose en el seno de una disfuncionalidad en cuanto al término de familia se refiere, pues no olvidemos el artículo 160.2 del Código Civil, que aborda el derecho de los hijos menores a desarrollarse con sus abuelos, tíos y demás allegados.

Es por ello que, si verdaderamente existen indicios probatorios de que la conducta del progenitor con sus hijos menores es realmente violenta, y por ende, existe un peligro latente de agresión, es razonable la adopción de la medida de supresión (o suspensión) del régimen de visitas, pero en el otro extremo, si realmente esa violencia únicamente se ha ejercido exclusivamente sobre la madre, y a pesar de ser física, no es excesivamente grave por no haber generado un peligro grave para la vida de esa mujer, al haberse producido de forma puntual, es en esos casos en los que debe aplicarse la excepción de no eliminarse (o suspenderse) tales visitas, sino que habría que mantenerlas, pues en caso contrario no estaríamos ponderando correctamente el interés superior del menor, pues como he mencionado anteriormente, esa ruptura de la relación paternofilial es más perjudicial para el desarrollo del menor que la propia eliminación (o suspensión), cuando no ha existido ningún tipo de peligro para ese menor en el desarrollo de su vida.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la violencia de género no es sólo violencia física, sino que también puede ser una violencia verbal, de manera que, ¿es proporcional que ante una violencia verbal vertida directamente sobre la madre y no sobre los hijos, culmine con una ruptura de la relación paternofilial? Y si esa violencia verbal ha sido mutua entre ambos progenitores, ¿Cómo debería actuarse en esos casos?.

Si se demuestra que ni durante la convivencia de ambos progenitores, ni posteriormente, se vuelve a producir un episodio de esa violencia verbal, de manera que verdaderamente ha sido un hecho aislado, y los menores no han sido perturbados en su desarrollo y bienestar, tales medidas deben ser consideradas indudablemente excesivamente restrictivas y desproporcionadas en atención al fin perseguido.

En todo caso, la jurisprudencia considera que el derecho de visitas no es sólo un derecho sino también es un deber cuya finalidad principal radica en la protección de los intereses

del menor para cuya educación, formación y desarrollo es positivo una relación fluida, amplia y habitual con los progenitores³⁶. Es más, el régimen de visitas debe tener como finalidad el fomento del vínculo de confianza entre el progenitor y el menor, pues la presencia de los progenitores (de ambos) es necesario para el crecimiento del menor, de manera que debe protegerse los derechos del menor y del padre no custodio (entendiendo el derecho-deber que suponen las visitas), para fomentar los vínculos de la relación paterno-filial³⁷.

4.2.1. Excepciones a la suspensión del régimen de visitas como regla general

Por otra parte, como he mencionado con anterioridad, el artículo 544.ter.7 LECrim, contempla la excepción de la no supresión (o no suspensión) del régimen de visitas, pero en atención a los siguientes criterios:

- a. Primordialmente, el interés superior del menor.
- b. La previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

La Sentencia del Tribunal Supremo 106/2022 (en adelante STS), lo deja claro, pues sostiene y cito literalmente, que, “ *siempre que existan indicios fundados de que alguno de los progenitores ha incurrido en actos o conductas de violencia de género (lo que se presupone en caso de que exista un procedimiento penal iniciado que se dirija contra el mismo), la regla general será la suspensión del régimen de estancias, visitas y comunicaciones, y solo de manera excepcional podrá la autoridad judicial acodar tales estancia, visitas y comunicaciones a través de una resolución judicial en que se justifique adecuadamente cuales son las razones, basadas en el interés superior del menor, que motivan el apartamiento de la regla general, tras llevar a cabo una valoración adecuada de la relación paterno-filial*³⁸”.

Todo ello, presumo, en aras de evitar que el artículo 94 del CC se convierta en un mero instrumento automático que ostenta el juez, que es precisamente, a la vista de reiterada

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de abril de 1998.

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 4 de mayo de 2006.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022 de 13 de septiembre de 2022.

jurisprudencia que luego analizaré, parece que es justamente, en lo que se ha convertido esta novedad.

En todo caso, este artículo podría interpretarse de una manera más amplia en el sentido de que, ante hechos puntuales y aislados, que en ningún caso generen un peligro para los menores, el juez pueda apartarse de esta regla y pueda mantener estas visitas.

Para terminar con este punto, es necesario hacer referencia al antiguo artículo 92 del Código Civil, anterior a la reforma efectuada por la LO 8/2021, en la que únicamente se disponía lo siguiente:

“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor³⁹”.

Conforme a lo anterior, hay que señalar como operaban los Jueces y Tribunal pues, en el 2015, el TS declaró que se establecía como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal, podría suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge y/o por delito de maltrato con el menor valorando los factores de riesgo existentes⁴⁰.

En base a lo expuesto, la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, dispone que para adoptar la decisión del régimen de visitas se deben tener en factores como el riesgo de reiteración delictiva del demandado, que en el presente caso, fue conjurado mediante la imposición al progenitor de la prohibición de aproximación y comunicación

³⁹ Artículo 94 del Código Civil antes de la reforma de la LO 8/2021.

durante dos años con respecto a la víctima, y en segundo lugar, no consta acreditada la comisión de otro hecho delictivo por el progenitor, de manera que a estos efectos, el hecho por el cual el progenitor fue condenado por un delito de violencia de género, debe valorarse como un hecho aislado aunque no exento de gravedad. Al no constar hechos similares acaecidos ni con la progenitora, ni por supuesto con el menor, no procede acceder a la suspensión del régimen de visitas⁴¹.

Hay una diferencia exorbitante entre la regulación actual y la regulación anterior, pues en este caso, la regla general era acordar el régimen de visitas, que sólo se vería suprimido ante circunstancias graves o en los casos en los que el progenitor incumpliera reiteradamente los deberes impuestos en una resolución general, mientras que en la actualidad, solo porque exista una denuncia de violencia de género para con el progenitor, la regla que impera nuestro ordenamiento es la propia supresión (o suspensión) de tales visitas.

El antiguo artículo 544 ter de la LECrim, sostenía que deben adoptarse las siguientes medidas en el orden civil, a solicitud de la víctima de violencia de género o del Ministerio Fiscal (en adelante MF):

- Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.
- Determinación del régimen de custodia, visitas, comunicaciones y estancia
- Pensión de alimentos a los hijos
- Cualquier otra disposición oportuna a fin de apartar al menor de cualquier peligro

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, no hay una supresión (o suspensión) automática de la relación paternofilial cuando el progenitor se halle incurso en un procedimiento de violencia de género, es más, no se menciona de ninguna manera, ni se hace alusión a que el progenitor se encuentre dentro de un procedimiento de violencia de género. De manera que, la supresión (o suspensión) del régimen de visitas actúa

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015.

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 172/2018 de 23 de marzo de 2018.

como una excepción que solo cede, básicamente, cuando la violencia de género es ejercida directamente sobre ese menor.

De manera que si este mismo caso, se hubiera producido a partir de septiembre de 2021 (que es cuando entra en vigor la reforma del artículo 94 del CC efectuada por la Ley 8/2021 de 2 de junio), es evidente que no se podría haber resuelto de la misma manera, puesto que, ese régimen de visitas no se permitiría debido a que el progenitor se encontraba incurso en un procedimiento de violencia de género, y este artículo no permite la imposición de tal régimen.

De manera que, en resumidas cuentas y en líneas generales, antes de la reforma efectuada por la Ley 8/2021 de 2 de junio de 2021, el régimen ordinario era que el juez otorgara la guarda y custodia en exclusiva a la víctima, pero reconociera un derecho de visitas al progenitor no custodio. Es evidente que esta regulación carece de una debida protección para los menores de edad que viven que sus progenitores se encuentren dentro de un proceso de violencia de género, de manera que, cabe preguntarse si no debería haber un punto intermedio entre ambas regulaciones, pues quizá la regulación anterior era extremadamente flexible mientras que la regulación actual es quizá demasiado restrictiva.

Además, el legislador tiene que apartar la idea estereotipada (durante mucho tiempo con razón), de que el maltratador y dicho en todo caso con la debida medida que merece, no tiene por qué ser un mal padre⁴², como veremos en el supuesto que analizaré al final del presente trabajo, ya que viendo los presupuestos mencionados anteriormente (violencia leve, puntual, carente de peligro para el menor...) y que suceden en la actualidad, esta medida no debe imperar a su libre albedrío y mucho menos operar de forma automática, pues recordemos que la violencia de género, generalmente cuando se ven inmersos menores de edad, debe tratarse como un tema puramente casuístico y valorar en todo caso, los factores de riesgo que se derivan de las circunstancias concretas del caso, lo que me permite concluir que a pesar de que la regla general tendría que ser la

⁴² PÉREZ VALLEJO. AN, Custodia compartida y Violencia de Género, Cuestiones controvertidas ex art. 92.7 CC, *Revista de estudios de las mujeres*, Almería, Vol.4, 2016, ISSN: 2340-9630, p.4, p.100. Disponible online en: <https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/5763/1745-5152-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

imposición de estas visitas, estas deberían limitarse de alguna manera, con el fin de garantizar la protección del menor, como explicaré más adelante.

4.2.2. ¿Cómo afecta la suspensión de la relación paternofilial a los menores?

En este aspecto hay que tener en cuenta que, la supresión (o suspensión) de la relación paternofilial en primer lugar, afectará a la estabilidad del menor, tanto desde el punto de vista puramente físico, como desde el punto de vista emocional, ante una ruptura de la relación entre padre e hijo, y ello se debe a que el desarrollo de los menores se basa en la presencia de la figura materna y paterna⁴³.

Después de la ruptura de la relación paternofilial, que provoca la ausencia de la figura paterna, es necesario señalar la pérdida de la vinculación afectiva pues, si esta se consigue a través del mantenimiento del contacto con las personas con las que el menor se siente emocionalmente ligado, y con su contacto físico, la ausencia de la figura paterna, provocará una inestabilidad emocional que influirá en su posterior desarrollo psicológico y social, pues las relaciones afectivas que se forman en la infancia determinan la capacidad para establecer relaciones íntimas en la vida adulta; cuánto más seguro sea el vínculo de un niño con sus progenitores (ambos), más garantía hay de que se convierta en un adulto psicológicamente adaptado e independiente, de manera que podrá establecer buenas relaciones con los demás⁴⁴. Si una figura falta, se vería comprometida su estabilidad, principalmente de carácter emocional, causando perjuicios para poder relacionarse con los demás.

De hecho, las anomalías conductuales de los menores han sido objeto de numerosos estudios psicológicos, de manera que se concluye que la ruptura de la relación paternofilial, en muchas ocasiones causa trastornos infantiles, cuando hay un cambio en la composición de la familia, pues se evidencia el incremento del estrés y la ansiedad, la

⁴³ GOIRIENA LEKUE. A, La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, Universidad del País Vasco, nº16, 2005, p. 54-55.

⁴⁴ ORELLANA VALLEJO. R, SÁNCHEZ-BARRANCO VALLEJO. F, SÁNCHEZ-BARRANCO VALLEJO. P, Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos, *Revista de la*

intensidad de sentimientos negativos presentando en muchas ocasiones problemas en las relaciones con otros niños o incluso en el colegio⁴⁵.

En la mayoría de los casos, lo que abunda entre esos menores es el sentimiento de abandono y sus reacciones son de temor, de sensación profunda de tristeza y pérdida, conmoción e infelicidad, en el momento inmediatamente posterior a esa ruptura, de manera, que experimentan sensaciones de soledad, desconcierto e ira hacia sus progenitores, pues generan angustia y extrañan al padre que no está, temiendo en muchas ocasiones, no volver a verlo nunca más⁴⁶.

Pero desde otro punto de vista, hay que pensar que esos menores pueden acostumbrarse a estar sin su progenitor, si bien, en el momento que haya una revisión de las medidas que pudieron suprimir (o suspender) el régimen de visitas con respecto a ese menor, ¿cómo se volvería a instaurar en ese menor la inclusión de esa relación con su progenitor? Pensemos en casos en los que esa ruptura de la relación paternofamiliar ha quedado suspendida durante mucho tiempo, ¿cómo se podría volver a restaurar esa confianza en ese progenitor tras el paso del tiempo?.

En base a lo anteriormente expuesto, es necesario atender y valorar con cautela el interés superior del menor y analizar la relación paternofamiliar de manera muy minuciosa, pues en ocasiones, por con el objetivo de proteger al menor, como podemos observar, se puede causar un perjuicio a ese menor, que en ocasiones es muy difícil de poder reparar.

4.3. El interés superior del menor

Como se observa en el presente trabajo, el interés superior del menor es la piedra angular de todo el sistema, pues, la importancia que adquiere este concepto en la protección de los menores ante la violencia, en términos generales, se debe a que

Asociación Española de Neuropsiquiatría, Madrid, 2004. Disponible online en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352004000400006

⁴⁵ WALLERSTEIN. JS, KELLY. JB, Sobrevivir a la ruptura. Cómo los niños y los padres enfrentan el divorcio, Nueva York, 1980, Basic Books.

⁴⁶ ORELLANA VALLEJO. R, SÁNCHEZ-BARRANCO VALLEJO. F, SÁNCHEZ-BARRANCO VALLEJO. P, Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Madrid, 2004. Disponible online en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352004000400006

hablamos de niños y niñas que carecen de la madurez necesaria para contemplar recursos y para poder solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, es por ello que los sitúan, generalmente, en posiciones de especial vulnerabilidad, constituyendo, en muchas ocasiones, lesiones en sus derechos fundamentales, en especial, cuando se tratan de conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus propios progenitores⁴⁷, pues hay que partir de la idea de que los menores no tienen que sufrir las consecuencias de los problemas que se generen entre los padres.

Es por ello, que, para poder proteger a estos menores, la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, ya recogía en su artículo 2, el interés superior del menor, disponiendo que, *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la 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”*⁴⁸.

Es más, en los distintos apartados de este artículo, se recogen manifestaciones de este interés, especialmente para minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad o en su desarrollo futuro⁴⁹.

Es evidente que, en todo caso, el interés superior del menor actúa como un principio de orden público, pues está incardinada en nuestra norma suprema, concretamente en el artículo 39. 4 de la Constitución Española (en adelante CE), de manera que se define, una vez más como un principio rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto de carácter administrativo como de carácter judicial⁵⁰.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, STS 3402/2022 de 26 de septiembre de 2022, página 7. ECLI:ES:TS:2022:3402

⁴⁸ Artículo 2 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

⁴⁹ Artículo 2.d LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 141/200 de 21 de mayo (fundamento jurídico 5).

En este sentido, es importante señalar, que el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores, pues es uno de sus valores fundamentales y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos por la propia Convención de los Derechos del Niño de Nueva York⁵¹.

No obstante, es un concepto indeterminado que, en todo caso, supone que, debe aplicarse y ajustarse a cada caso concreto, esto da lugar a que por una parte deba examinarse minuciosamente cuál es ese interés y por otra parte, debe valorarse de tal manera que se precise qué es lo más conveniente para ese menor según la situación en la que dicho menor se encuentre⁵².

Debido al extenso marco de protección que ostenta el concepto de interés superior del menor, y al devenir del presente trabajo, es evidente que pueden concurrir por tanto, determinadas circunstancias que permitan limitar, en el caso que nos ocupa, el régimen de visitas, comunicación o estancias para con el progenitor, en tanto en cuanto, un régimen de vistas impuestas, pueda resultar perjudicial para el interés superior de los menores, valorando en todo caso, los factores de riesgo existentes⁵³.

Por lo tanto, ¿no entramos en colisión cuando el propio artículo 94 del CC establece la regla general de la supresión (o suspensión) directa del régimen de visitas, en tanto en cuanto el progenitor se encuentre dentro de un proceso de violencia de género, y la especial consideración del interés superior del menor en función de esos factores de riesgo?

En este sentido tendrían que examinarse cuestiones como la reincidencia en el ámbito de violencia de género, patologías psicológicas del progenitor, si desarrolla un comportamiento violento para con el menor y en todo caso, hacer una valoración previa de la propia relación entre el progenitor y su hijo. Porque, en definitiva, parece que lo que hace el legislador es establecer una identidad entre el interés superior del menor,

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo, 625/2022 de 26 de septiembre de 2021.

⁵² DE BARTOLOMÉ CENZANO. JC, Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español, *Revista sobre la infancia y la adolescencia* 3, Valencia 2012, pág. 51. Disponible en: <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1300/1334>

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 680/2015 de 26 de diciembre.

con la supresión de cualquier visita, estancia o comunicación, cuando un progenitor se vea inmiscuido en un proceso penal por violencia de género⁵⁴.

Considero que si el legislador, en el caso de que hubiera incardinado en el propio artículo 94 del CC, determinadas circunstancias en función de distintos escenarios de violencia de género, que en caso de incurrir en las mismas, podría dar lugar a que, a pesar de la existencia de una situación de violencia intrafamiliar, por la que el agresor (y progenitor) haya sido castigado por ello, resultando condenando a tal efecto por la violencia de género, al no haberse realizado de forma directa contra el propio menor sin resultar afectada la relación paternofamiliar, este régimen de visitas podría llegar a interponerse, si bien, como he mencionado anteriormente con ciertas limitaciones para asegurar en todo caso, la protección del menor⁵⁵.

Desde el punto de vista amplio y objetivo, en el caso en el que nos encontramos podemos afirmar que no todo comportamiento penalmente relevante en el ámbito de la violencia doméstica pueda afectar negativamente al interés superior del menor o al menos no con la intensidad suficiente hasta el punto de suspender las diferentes manifestaciones de la relación paternofamiliar⁵⁶. Recordemos, que no todos los delitos son iguales, y la levedad y puntualidad de un hecho que dé lugar a la violencia de género, no justifica en ningún caso, la supresión de tales visitas para con el menor.

De manera que si la pauta es, en todo caso, el interés superior del menor, lo más importante es determinar si esa supresión (o suspensión) no va a provocar un perjuicio mayor del que se pretende evitar, pues en el caso de que el artículo 94 del CC opere de forma automática sin examinar las circunstancias del caso, ya estaría causando un perjuicio, pues en todo caso, el punto de partida es el beneficio de un contacto amplio entre el menor y el progenitor no custodio, siempre y cuando se haya acreditado que ese contacto no ponga en peligro a ese menor, pues es fundamental para el desarrollo del

⁵⁴ La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio, Jose Luis Ortega Calderón, Diario la Ley, nº 9892, Sección Tribuna, 15 de julio 2021, Wolters Kluwer, página 12.

⁵⁵ La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio, Jose Luis Ortega Calderón, Diario la Ley, nº 9892, Sección Tribuna, 15 de julio 2021, Wolters Kluwer, página 13.

⁵⁶ La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio, Jose Luis Ortega Calderón, Diario la Ley, nº 9892, Sección Tribuna, 15 de julio 2021, Wolters Kluwer, página 13.

menor, y concretamente para su estabilidad emocional. Todo ello habrá que valorarlo solo por el hecho que puede suponer para un menor, la ausencia de la relación con su progenitor, en base a lo explicado en el punto anterior.

Estamos de acuerdo en que el conflicto latente entre los progenitores no debe desembocar en una guerra cuya bomba recaiga en el menor, para ello, la atención de las circunstancias del caso, el interés superior del menor y la valoración de la relación paternofamiliar es fundamental, de manera que esto solo podría verse condicionado a un respaldo probatorio de las graves circunstancias de los hechos causados por parte del progenitor, y en todo caso, del grave riesgo para la salud física o psíquica de esos menores⁵⁷.

Si sólo nos quedáramos en este punto, carecería de sentido, pues el artículo 94 del CC dispone que no solo debe primar el interés superior del menor, sino que ello conllevará, ineludiblemente, una valoración del desarrollo de la relación existente entre el progenitor y el menor, pues en caso contrario, el interés superior del menor siempre se vería restringido y primaría, el mecanismo automático de imponer el artículo 94 del CC como regla meramente automática, sin considerar qué es lo que realmente beneficia al menor.

4.4. Valoración de la relación paternofamiliar

Al hilo de lo expuesto, hay que señalar que, a nivel psicológico y emocional, es primordial para los menores, las relaciones de apego con sus progenitores, pues en todo caso afectará en su desarrollo para interpretar las experiencias desde el punto de vista cognitivo y emocional, para el desarrollo del propio lenguaje, de manera que, las relaciones de apego son fundamentales para la supervivencia de los menores durante su evolución y desarrollo⁵⁸.

En cualquier caso, el apego en la relación más íntima que se crea entre los padres del niño desde que nace, e influye como acabo de exponer en las relaciones del niño con su

⁵⁷ Así lo afirman autores como Rivero, 1997, 347 o Acuña, 2014, 277.

⁵⁸ Impacto del apego a la madre y al padre durante los primeros años, en el desarrollo psicosocial de los niños hasta la adultez temprana. Karin Grossman, PhD, Klaus E. Grossmann, PhD.

entorno; en este sentido, la Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria define el apego como *“el vínculo afectivo que se crea desde el inicio de la vida entre el hijo y sus padres, es sin duda, la relación afectiva mas importante que creamos las personas pues es clave en el desarrollo psicológico del menor y en la formalización de su personalidad”*. Es decir, el apego provoca en los menores la seguridad, autoestima, confianza, autonomía y efectividad para poder enfrentarse al mundo que le rodea⁵⁹.

Es el propio Tribunal Constitucional el que ha determinado que el régimen de visitas y comunicación del progenitor que no ostenta la guarda y custodia del hijo menor de edad es, en realidad, un derecho tanto del progenitor como del hijo, por ser una manifestación del vínculo filial que les une a ambos y que contribuye al desarrollo de la personalidad afectiva tanto del progenitor como de su hijo menor, pues en cuanto el derecho a relacionarse con los progenitores, es un derecho fundamental del menor incardinado en todo caso en su derecho de la personalidad⁶⁰ (artículo 10 CE).

En tal sentido se pronuncia el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que dispone que a un niño o a una niña que disfruta de los lazos afectivos de apego seguro con sus progenitores, no se le puede privar del contacto y la comunicación con ellos, de ahí que se considere como un derecho absoluto de los menores⁶¹.

Nuestro TS en diversas sentencias ha establecido ventajas sobre la participación del progenitor en la vida del menor conforme a los siguientes extremos:

- a. Se estimula la cooperación de ambos padres en beneficio de los menores.
- b. No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- c. Se evita el sentimiento de pérdida del propio menor
- d. Se fomenta la integración del menor con ambos padres evitando por ello, desequilibrios en los tiempos de presencia⁶².

⁵⁹ <https://www.familiaysalud.es/vivimos-sanos/salud-emocional/en-el-lactante-y-nino-pequeno/la-importancia-del-apego-en-el>

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008 de 22 de diciembre de 2008.

⁶¹ Artículo 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, nº 758/2013, de 25 de noviembre de 2013.

Por otra parte, la supresión (o suspensión) del régimen de visitas comporta en todo caso, que los hijos menores puedan sentir una sensación de pérdida de la figura paterna, pues el desequilibrio en los tiempos en el que se pierda el contacto con el progenitor puede provocar sentimientos de abandono o pérdida a los que no se debería someter a ningún menor, por las secuelas que esto les podría suponer en un futuro⁶³.

Los menores, como titulares de derechos, tienen reconocidos como derecho fundamental el derecho a relacionarse con sus progenitores para satisfacer sus necesidades básicas, materiales, físicas, educativas, emocionales y afectivas como bien específica el artículo 2.a de la LO 1/1996, de manera que privarles de la relación con el progenitor a la vista de lo expuesto, ya consecuentemente supone una carencia en el desarrollo de su vida.

5. ANÁLISIS DE UN CASO REAL

El 14 de agosto de 2021 a las 04:30 de la mañana aproximadamente, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de Santander reciben una llamada telefónica de una mujer que estaba siendo objeto de malos tratos por parte de su pareja. Al llegar al lugar de los hechos recogen la declaración por parte de la víctima y relata que mantiene una relación sentimental desde hace dos años aproximadamente con el supuesto agresor, fruto de cuya relación nace un hijo en común que cuenta con 8 meses de edad.

En el atestado aparece el Informe de Valoración Policial del Riesgo que arroja el resultado de que el supuesto agresor ostenta un nivel 2 de riesgo medio en el que se han tenido en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias:

- Factores referidos a la violencia sufrida por la víctima
- Relaciones mantenidas con el agresor
- Antecedentes de la víctima del propio agresor
- Retirada de denuncias, reanudación de convivencia y la renuncia o no de la víctima al estatuto de protección concedido

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 3003/2022, de 11 de julio de 2022.

- Otros diferentes

Por ello el 14 de agosto de 2021, se dicta Auto por el Juez por la que se incoan diligencias urgentes y la práctica de las declaraciones de víctima y agresor y celebración de la audiencia urgente del artículo 544 ter de la LECrim a fin de resolver sobre la orden de protección.

Finalmente se aprueba la orden de protección y se establece como medidas de carácter penal de la orden de protección el alejamiento por una distancia de 300 metros de la víctima, y la prohibición de comunicación por cualquier medio con la víctima.

En cuanto a las medidas de carácter civil de la orden de protección se establecen las siguientes atendiendo al interés del menor necesitado de protección:

- La guarda y custodia del hijo menor de la pareja se atribuye a la madre siendo la patria potestad compartida.
- No se estima adecuado el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre por haberse producido la agresión, según la víctima en el domicilio familiar estando en el mismo menor.
- Y otras relativas a la pensión de alimentos.

En el auto se establece que estas medidas civiles tienen una vigencia temporal de 30 días, tal y como establece el artículo 544 ter de la LECriminal por lo que si dentro de ese plazo se incoa un proceso de familia ante la jurisdicción civil estas medidas se prorrogarán otros 30 días a la presentación de la demanda.

Continúan los trámites del juicio rápido y finalmente, el 19 de agosto del 2021, el acusado se conforma con la acusación formulada, por lo tanto, es condenado en concepto de autor por un delito de maltrato físico (violencia de género) del art. 153.1 y 3 del CP, siendo pues una sentencia que adquiere su firmeza en el mismo momento por la decisión de las partes y del MF de no recurrir.

Para resumir, el presente caso trata de una pareja que tienen en común a un hijo menor de 8 meses, existen indicios de un delito de maltrato por parte del acusado, se abre el procedimiento de juicio rápido, se dicta orden de protección donde se establecen medidas de carácter penal (alejamiento y prohibición de comunicación con la víctima) y medidas de carácter civil, en la que nos interesa la no imposición de un régimen de visitas por el carácter violento del agresor así como por haberse producido dicha violencia en el seno del domicilio familiar en presencia del menor.

Finalmente, resulta condenado por un delito de violencia de género, se mantiene el alejamiento para con la víctima, así como la prohibición de acercarse a ella y la no imposición del régimen de visitas que recordemos tenían una vigencia de 30 días hasta que la víctima interpusiera demanda de familia en cuyo caso se prorrogarían 30 días más desde la interposición de tal demanda.

Hasta aquí es la regla general que siguen los Juzgados y Tribunales con la reforma de la LO 08/2021 de 2 de junio, donde el juez tiene la facultad y la potestad de suspender el régimen de visitas respecto del progenitor que se vea inmiscuido dentro de un procedimiento penal por violencia de género.

Ahora bien, estamos en presencia de un caso que ha resultado aislado, pues al condenado se le suspendió la pena, precisamente por no tener antecedentes por mismos delitos, es una violencia en cierta medida leve, puntual en la que no ha generado ningún riesgo para el menor por entender que se trata de un bebé de 8 meses que realmente, no ha sido consciente de lo que ha pasado entre sus progenitores a pesar de haberse producido en el seno del domicilio familiar.

Hay que destacar que el 18 de agosto de 2021, por parte del acusado se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el auto en el que se establecían las medidas cautelares de carácter civil, y conforme a la alegación tercera de dicho recurso hace referencia a que las medidas civiles adoptadas **no se ajustan a la ley y se vulneran los derechos del acusado en su relación paterno-filial**, perjudicando en todo caso tanto al menor como al acusado.

Esto ya pone de manifiesto que realmente el menor no ha sido expuesto a ningún tipo de peligro para con la relación que mantienen los progenitores en sí mismo. Ellos han tenido ciertos problemas, él ha incurrido en un delito de violencia de género, y conforme a la ley, se le ha castigado por ello, siendo condenado por el delito que ha cometido y siendo sometido a una serie de penas, pero ¿es realmente necesario privar a este progenitor del derecho que tiene a estar con su hijo?.

¿Realmente se ha valorado el interés superior del menor?, pues reiteramos, ha sido una violencia en cierto modo leve, el hijo menor es de corta edad, de manera que ha sido imposible que ese bebé haya podido darse cuenta de los problemas que tenían los progenitores y el propio progenitor es el que no está conforme con la supresión del régimen de visitas, de ahí que ejerza su derecho a recurso.

Recordemos que los hechos ocurrieron un 14 de agosto, la sentencia donde se confirman las medidas de carácter civil recae a fecha de 19 del mismo mes, la supresión del régimen de visitas se prolonga durante un mes, pero si la víctima interpone (en todo su derecho) demanda de familia, dichas medidas ya se van a prorrogar durante otro mes más, es decir, este progenitor como mínimo va a verse privado del derecho que tiene a estar con su hijo durante mínimo dos meses. Teniendo en cuenta la dilatación que sufren en la actualidad nuestros Juzgados y Tribunales, esto puede dilatarse durante meses, ¿es realmente beneficioso para ese menor que está en pleno desarrollo de la fase de formar el apego con sus progenitores, el no ver ni estar con su padre?.

Continuando con el presente caso, se dicta auto por el Juez, desestimando el recurso interpuesto por el acusado argumentando que las medidas civiles son adecuadas por perjudicar al menor que tienen en común las partes, a fin de que los hechos por los que ha sido condenado tuvieron lugar en el domicilio y en presencia del menor, por lo que justifica la supresión de tal régimen de visitas.

El auto se motiva por la aplicación del artículo 544.ter LECrim, si bien cabe recordar que este mismo artículo dispone que 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 relación paterno-filial. En este extremo, ¿se ha ponderado lo suficiente el interés superior del menor?

Recordemos que la agresión se ha producido para con la madre, y a pesar de que la misma se haya producido en el domicilio familiar, donde se encontraba el hijo menor de ambos, es conveniente resaltar que tenía 8 meses, por lo que no ha podido entender el alcance de los hechos ocurridos en ese momento.

Ha quedado suficientemente acreditado que ese menor no corría peligro alguno, pues ha sido algo que incumbía únicamente a los progenitores, el agresor ha sido castigado por ello, resultando condenado por un delito de maltrato (violencia de género), de manera que es excesivo el privarle del derecho constitucional que tiene de estar con su hijo.

En todo caso también se estaría vulnerando el derecho del menor que tiene a estar en presencia de su padre, pues recordemos que, a esta corta edad, es cuando se desarrolla el apego del menor para con sus progenitores. ¿No se podían haber tomado otras medidas que no fuera la interrupción de la relación paternofilial?, ¿No es más perjudicial para el menor el no ver ni estar con su padre?.

Como alternativa se podría haber adoptado un régimen de visitas, si el juez pudiera considerar que existe cualquier tipo de peligro para el menor, desarrolladas en el Punto de Encuentro Familiar, que tal y como se definen en el Decreto 11/2021 de 4 de marzo, se califican en su artículo 2.1 como servicios especializados de apoyo a las familias que en los que se presta atención profesional gratuita para facilitar que los y las menores puedan mantener relaciones con sus familiares durante los procesos y situaciones de separación, divorcio u otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar, hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso.

En todo caso, tal recurso favorece el cumplimiento del derecho fundamental del menor a mantener la relación con su progenitor estableciendo determinados vínculos para un buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional, y en todo caso, asegura la seguridad del menor.

El 13 de octubre de 2021 se interpone demanda de medidas de regulación de las relaciones paternofiliales del menor, solicitando medidas provisionales y definitivas manteniendo las dictadas en la orden de protección, y el 22 de octubre de ese mismo

año el Juez resuelve acordando tales medidas que se mantendrán vigentes hasta que se dicte resolución definitiva en el procedimiento de familia.

Pues bien, recordemos que los hechos que dieron lugar a la condena por el delito de maltrato sucedieron el 14 de agosto, fecha en la que se suprimió el régimen de visitas para el acusado, de manera que la relación paternofilial ha quedado en suspense desde hace más de dos meses.

Pues bien, llegados a este punto, el 11 de diciembre de 2022, los progenitores dirigen un escrito al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Santander, solicitando la tácita reconducción del procedimiento por el trámite de mutuo acuerdo en base a las siguientes alegaciones:

1. Los progenitores (sin perjuicio de la orden de protección que el acusado cumple en su integridad) mantienen una buena relación a través de terceras personas (familia y amigos de ambas partes) que median, en todo caso, para que el hijo menor de edad que tienen en común que cuenta con 12 meses de edad, pueda ver a su padre y no pierdan ese contacto tan importante y vital para la vida del menor, atendiendo al interés superior del menor pues, la pérdida o no formación de ese apego con la figura paterna, puede causarle un perjuicio en su desarrollo ocasionando que en un futuro será muy difícil retomar el vínculo paterno por existir durante un largo periodo de tiempo, la ruptura del mismo.
2. Por ello, atendiendo al interés superior del menor, las partes decidieron suscribir un Convenio Regulador para mantener el contacto y el apego del menor de 12 meses con la figura paterna y se solicita que tanto el MF como el Juzgador aprueben tal Convenio para integrarlo en el fallo de la Sentencia.
3. Al existir una orden de alejamiento, se propone que las entregas y recogidas del menor se realicen a través de terceras personas de confianza de ambas partes, tal y como se indica en el propio Convenio Regulador.

4. Es más, ambos progenitores hacen costar, y cito literalmente, *“sin perjuicio de lo ocurrido, hechos que se han dejado en el pasado en los que el acusado ya ha sido castigado por ello, y que en todo caso le ha hecho aprender, lo más importante para ambos es que nuestro hijo menor, crezca feliz, con la presencia en su vida de ambos progenitores y que estos mantenga tanto en el presente como en el futuro, una relación cordial y respetuosa, en aras del interés superior del menor”*.

Pues bien, el 28 de enero del 2022, el Ministerio Fiscal comparece y dispone que, conforme al artículo 94 del CC, no procederá el establecimiento de un régimen de visitas, comunicación o estancia con los hijos menores de edad cuando el progenitor esté incurso en un delito de violencia de género, salvo que lo justifique el interés superior del menor, extremo que no ha sido acreditado en el Convenio aportado.

Lo llamativo ocurre cuando el 31 de enero del 2022, el Letrado de la Administración de Justicia emite una diligencia de ordenación informando al MF de que las alegaciones de las partes solicitan la reconducción del procedimiento por el trámite de mutuo acuerdo y da nuevo traslado al MF por un plazo de tres días por si procediera la modificación del informe emitido a la vista del referido escrito.

Es por ello por lo que el 8 de febrero de 2022, el Ministerio Fiscal expone que se halla conforme con los términos del Convenio en relación con el menor de edad, en atención al escrito presentado por las partes en el que ambos expresan su voluntad del establecimiento de un régimen de visitas a favor del hijo, por entender que el mismo se ampara suficientemente en el interés superior de aquí.

Finalmente, el Juez dicta Sentencia el 18 de febrero de 2022, estimando la demanda de Familia, Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores, acordando el convenio regulador de 29 de diciembre de 2021 donde se acuerda lo siguiente:

- Patria potestad conjunta por ambos progenitores.
- Guarda y custodia del hijo menor otorgada a la madre.
- Establecimiento a favor del padre de un régimen de visitas.

En base a la exposición de este supuesto, nos encontramos con un progenitor incurso en una violencia de género, al que en aplicación del artículo 94 CC, desde el momento en que se inició el procedimiento, se le suprimieron las visitas para con su hijo menor.

Sobre este progenitor recae una sentencia firme en la que se le condena por un delito de maltrato, que entraña, en todo caso una violencia de género. Existe una orden de protección a favor de la víctima, de manera que sobre el progenitor pesa una prohibición de comunicación con la víctima y una orden de alejamiento con respecto a la misma.

Recordemos que el TS en todo caso sostiene, que la relación entre las partes deben ser buenas, o al menos, en la medida de lo posible, respetuosas, y por eso, en la violencia de género, la custodia se atribuye en exclusiva a la madre, pues el TS sostiene que en los casos en los que existe una prohibición de comunicación para con la víctima y una orden de alejamiento con respecto a la misma, esa comunicación conjunta entre ambos progenitores que en todo caso es necesaria para tratar los problemas y las exigencias necesarias con respecto al desarrollo de los menores es inviable.

En este sentido, cuando ambas parte reconducen el asunto para que sea convertida en un procedimiento de mutuo acuerdo y deje de ser contencioso (recordemos una parte contra la otra), y solicitan la imposición de un establecimiento de visitas respecto del progenitor para con su hijo, que por ese entonces ya cuenta con 12 meses de edad, el MF rechaza fulminantemente esta proposición por aplicación **automática** del artículo 94 del CC, pues en ningún caso hay una valoración de la relación paterno-filial ni del interés superior del menor para acreditar que no proceden esas visitas por resultar ser perjudicial para ese menor; simplemente existe un menor automatismo de este artículo, pues en su informe no se expone ningún argumento por las que no deba imponerse el régimen de visitas, simplemente el único motivo expuesto, es la alegación del artículo 94 del CC.

Si el MF es parte, precisamente por salvaguardar a esos menores y a nuestro ordenamiento jurídico, ¿qué intereses ha ponderado?, ¿se ha valorado la relación paterno-filial?, ¿es proporcional la supresión de las visitas a un bebé de 8 meses que no tiene conocimiento de lo que pasa a su alrededor?.

Pues ese menor al ser tan pequeño no conoce ni sabe lo que ha pasado con sus progenitores, y precisamente, la violencia de género ejercida por el progenitor ha recaído única y exclusivamente en la víctima, de manera que el sujeto pasivo en ningún caso ha sido el menor. No hay antecedentes penales, de manera que no hay reincidencia, pues en lo que dura el procedimiento hasta la actualidad, no se han producido hechos similares, de manera que se trata de un hecho aislado, ocasionada por una mala relación entre los progenitores, que no ha trascendido a más, y esa violencia además es leve.

Es por ello, que en base a las circunstancias descritas en este supuesto, hay que señalar que el progenitor mantiene una buena relación con el menor, y así lo pone de manifiesto en sus recursos, y a lo largo de la relación paternofamiliar ha cumplido debidamente con sus obligaciones inherentes a la condición de progenitor, de manera que, a pesar de haber sido condenado por un delito de violencia de género, hechos por los que en todo caso, debe ser castigado, estos hechos no deberían afectar ni limitar la relación con el menor, pues no existe un riesgo para ese menor, de manera que no se debería perjudicar el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores, ni el derecho de los progenitores que tienen de estar con ellos, pues recordemos lo que puede causar en los niños, la suspensión o supresión de la relación paternofamiliar.

Estas circunstancias son las que, precisamente, debería haber valorado y acotado el legislador, en la redacción del artículo 94 del CC, pues en estos casos, la regla general que debería imperar es la imposición ese régimen de visitas de cara a evitar lo que puede suponer esa ruptura de la relación paternofamiliar, pues en este caso, es más beneficioso para el menor mantener esas visitas y no suprimir esa relación paternofamiliar, si bien regularizando y limitando tales visitas para dotar de seguridad al menor, pues en el presente caso, fueron las partes las que incumplieron la suspensión del régimen de visitas, pero para ejercitarlas por medio de familiares de su confianza, de manera que de esta forma no se deja a ese menor, desprovisto de la protección que en todo caso, necesita.

Finalmente, lo que se pone de manifiesto al amparo del presente trabajo, es que en base al caso planteado, realmente contamos con un progenitor que se ha visto inmerso en un proceso de violencia de género, ha resultado condenado por ello, y finalmente un juez le

ha concedido ese régimen de visitas pues en atención al interés superior del menor, lo aconsejable es no romper la relación con ese progenitor, de manera que esta tendría que ser la regla general, y no la excepción como supone la reforma del artículo 94 del CC.

Si bien se puede observar como el artículo 94 del CC, se ha utilizado como un mecanismo automático que ha limitado la facultad de discrecionalidad tanto del Juez como del MF que es el encargado de velar por la protección de estos menores, puesto que en ningún caso, han entrado a valorar las circunstancias concretas del caso, no se ha ponderado de la forma correcta el interés superior del menor y en ningún caso se ha entrado a valorar la relación paternofilial. De manera que pone de manifiesto que realmente el artículo 94 del CC es una figura cuya protección tiene como objetivo directo a la víctima de violencia de género (y madre), extensible también a los menores, cuando en las circunstancias del presente caso, deberían haber abordado tales relaciones como jurídicamente independientes para poder haber ponderado correctamente, el interés superior del menor.

6. ALTERNATIVAS A LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Es evidente pensar que, la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio, que da lugar a la modificación del artículo 94 del CC, supone en todo caso una medida de protección para el menor, si bien, tras analizar las consecuencias que implican tanto para el progenitor como para el menor, esa suspensión de la relación paternofilial, y particularmente, cuando estemos en presencia de casos de menor entidad, en los que haya habido un delito leve de violencia de género, que se haya acreditado la no reiteración de tales actos, es decir, que se haya producido puntualmente, sin que el sujeto pasivo haya sido ese menor, la supresión del régimen de visitas no resulta proporcional ni ajustado al propio interés de ese menor.

Ahora bien, siendo claros y observando lo que está sucediendo en la actualidad, no cabe pensar que esas visitas deban hacerse de forma ordinaria, pues en ningún caso se garantizaría la seguridad de ese menor, y es en todo caso el elemento al que debe atenderse. Es por ello por lo que, ante las situaciones descritas (de menor entidad y con las características expuestas a lo largo del presente trabajo), a pesar de que considero

que tales visitas no deban ser suprimidas (o suspendidas), las mismas deberían llevarse a cabo desarrollándose a través de especialistas en la materia con el fin de que permitan poder garantizar la seguridad del menor, pues estarán valorando en todo caso la conducta del progenitor y la relación para con el menor. Por lo tanto, debería implementarse un régimen de visitas reglado, limitado en el tiempo (por ejemplo, una serie de horas a la semana), para que se pueda ir incrementando poco a poco a fin de que a la vista de los informes que vayan presentando los especialistas, pueda garantizarse que no existe verdaderamente, un peligro para el menor.

Aquí entraría en juego lo que se conoce como el Punto de Encuentro Familiar, en adelante PEF, que lo podemos definir como una alternativa de intervención temporal que se realiza en un lugar neutral e idóneo, donde se produce el encuentro de, en este caso, el progenitor con el menor, atendidos por profesionales debidamente formados, facilitando la relación paternofamiliar y garantizando la seguridad del menor y del padre⁶⁴, o bien como un servicio social, especializado, gratuito, atendido por un equipo transdisciplinar de profesionales que ponen a disposición de, en este caso, el progenitor y el menor, de manera temporal, un espacio físico y afectivo que por su neutralidad, resulta idóneo para velar por el derecho fundamental de los menores a comunicarse con el progenitor con el que no convive (y resto de parientes)⁶⁵.

Así, en el PEF pueden desarrollarse visitas tuteladas, de manera que la comunicación del menor con su progenitor se desarrollará dentro de las dependencias del PEF, bajo la supervisión de algún miembro del equipo técnico⁶⁶ que, a aparte de valorar la relación entre el progenitor y el menor, puede dotar al progenitor de herramientas para mantener o mejorar la relación con el menor. De esta manera, se puede asegurar, en todo caso, la integridad física del menor.

Otra alternativa al PEF, también puede ser que esas visitas se realicen en lugares públicos por medio de otros familiares, como bien puede ser a través de abuelos, tíos,

⁶⁴ Elena Morte Barrachina, Marisol Lila Murillo, La alternativa al conflicto, Punto de Encuentro Familiar, Psychosocial Intervention vol.16, nº3, Madrid 2007 Versión online ISSN 2173-4712 https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592007000300001

⁶⁵ BERGARECHE LUQUIN, R. “Los puntos de encuentro familiar como garantía del interés del menor en ejercicio del Ius Visitandi”, *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, p. 85.

primos o cualquier otro familiar de confianza. En ese aspecto, se está favoreciendo la relación paternofilial y al mismo tiempo se está garantizando la protección de los menores, pues el hacerlo por medio de otros familiares, no generaría tanto descontrol o desconcierto como podría suponerle al menor en el desarrollo de las visitas realizadas en el PEF, pues, en este caso, se estaría desarrollando en una situación cotidiana y conocida por el menor, al estar en presencia de personas que conoce y que, por ende son personas en las que confía.

En ambos casos queda garantizado la seguridad del menor pues se está velando por el interés superior del menor al no suprimir las relaciones paternofiliales, de manera que no se estaría causando ningún perjuicio al menor y a su vez, queda garantizada su seguridad por estar o bien ante un equipo especializado (trabajadores sociales, psicólogos, etc) en el PEF o a través de otros familiares de confianza (si se llevaran a cabo las visitas por medio de otros familiares). De manera que ambas propuestas son positivas para el menor, pues se mantiene el vínculo paternofilial, y tales visitas estarían supervisadas de manera que en caso de que pudiera haber un peligro para el menor, en cualquiera de los dos casos se podría evitar lo antes posible.

Resulta necesario señalar que, fuera de los casos a los que hago referencia a lo largo del trabajo, y no se trataran de casos de menor entidad, sino que fueran casos habituales, donde esa violencia no sea leve, y recaiga sobre ese menor, poniendo en peligro la vida de la víctima y del propio menor, ante tales situaciones, sí que considero que deben suprimirse (o suspenderse) las visitas, al menos hasta que haya un cambio en las circunstancias de ese progenitor, y los informes de los equipos psicosociales aconsejaren empezar a crear una relación entre el menor y el progenitor.

En esos casos, considero que debe haber obligación de que tales visitas se realicen en un régimen interno a través del PEF, donde siempre haya profesionales con ese progenitor y su hijo, para poder asegurar la seguridad del menor y en todo caso, que sean los profesionales del PEF los que, al hacer un seguimiento del desarrollo de estas visitas, vayan considerando ampliar o no las mismas, en función de considerar si es lo más beneficioso para ese menor, en aras siempre del interés superior del mismo.

⁶⁶ Documento Marco de Mínimos para asegurar la calidad de los puntos de encuentro familiar, aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias.

7. CONCLUSIONES

Es evidente que las reformas efectuadas por la Ley 8/2021 de 2 de junio y la Ley Orgánica de 4 de junio suponen, sin lugar a dudas, una ampliación y una mejora del sistema de protección que se otorgan a los menores de edad en situaciones en las que sus progenitores se encuentran zambullidos en un proceso de violencia de género, pues antes de dichas reformas, esta protección se encontraba mucho menos limitada y es un hecho evidente que la violencia de género existe y que en muchas ocasiones dicha violencia se instrumentaliza a través de los menores, y es precisamente, lo que, a través de estas reformas se pretende evitar; aparte del objetivo pretendido que es dotar a los menores de la protección que se merecen.

En este sentido, si nos encontramos ante un progenitor que tiene distintos patrones de conductas que surjan de manera continuada en el tiempo, donde originen situaciones propias de violencia de género, máximas de desprecio, dominación, superioridad, violencia, intimidación y abuso de dicho progenitor sobre la víctima e incluso directamente sobre los hijos menores, siendo indiferente el medio con el que se consigan tales circunstancias, considero que las reformas y medidas introducidas por ambas leyes, son un acierto pues son medidas adecuadas, proporcionadas y justificadas, que en todo caso, deben ser restrictivas de los derechos fundamentales del progenitor, para poder dotar de la adecuada protección a esos menores con el fin de asegurar su integridad física y psíquica. De manera que ese progenitor tiene que verse privado tanto de la custodia de los menores, así como del régimen de visitas, comunicación y estancia para con el menor, pues en esos casos, no cabe duda de que ese progenitor no está en aras de poder ejercer sus funciones parentales y lo que es peor, en ningún caso se puede realmente garantizar la seguridad del menor estando en presencia de tal progenitor. En ese sentido el juicio de ponderación del interés superior del menor y de la relación paterno-filial, hace necesario privar al progenitor, del derecho que tiene a ver y a estar con su hijo, para garantizar en todo caso, la seguridad y bienestar de ese menor.

Ahora bien, cuando estamos ante delitos leves de violencia de género, ocasionados de manera puntual, donde no se haya producido ninguna actuación posterior de ese tipo y

donde no se haya ejercido directa o indirectamente sobre ese menor, sino que ha sido algo que se ha producido entre los progenitores, en ese caso, me parece sumamente desproporcional la aplicación del artículo 94 del CC, pues considero que el legislador no ha tenido en cuenta el interés superior del menor, al no entrar a valorar como afecta negativamente al desarrollo de ese menor la supresión de la propia relación paternofilial. Pues hay que tener en cuenta que, en ningún caso, los hijos deberían responder, ni verse afectados por las tensiones y/o malas relaciones que se deriven entre los propios progenitores.

Es evidente que no todos los delitos tienen la misma relevancia, gravedad o alcance, al menos directamente relacionados con la propia relación paternofilial, de manera que, en todo caso, deberán ser las circunstancias concretas del caso, la gravedad y naturaleza del delito cometido la que deba responder al interés del menor a la hora de que se pueda suprimir (o suspender) o no, de modo absoluto, las relaciones con el progenitor condenado por alguno de estos delitos en el marco de la violencia de género.

Con esto quiero poner de manifiesto, la valoración exhaustiva que deben hacerse de todas las circunstancias concurrentes del caso concreto, el interés superior del menor, la valoración de la relación paternofilial, y no limitarse únicamente a aplicar una regla general en la que el legislador, sabiendo que cada caso de violencia de género es completamente distinto, la impone sin haber delimitado distintos escenarios que pueden darse en algunos procesos de violencia de género conforme a los tiempos que corren en nuestra sociedad.

De manera que, condicionar la supresión (o suspensión) de un régimen de visitas a la pendencia del proceso penal ¿es lícito? En este sentido, parece que lo que se realiza es dejar vacío el contenido de la patria potestad, pues, en todo caso, el artículo 94 del CC impide las visitas, estancias o comunicaciones con el progenitor incurso en un proceso penal. Esto deja entrever que el legislador, no solo impone una regla general que opera con el fin de proteger al menor, sino que parece que va más allá, pues, en el orden civil, lo que se hace es imponer el contenido de la propia prohibición de aproximación penal para con su hijo, así como la medida de inhabilitación de la patria potestad, aunque no sean penas que deban imponerse obligatoriamente en relación con el delito de violencia de género que se está instruyendo. De manera que, optar por una o por otro tiene

garantizado el mismo fin, que es en todo caso, la supresión de las relaciones paternofiliales.

Es por ello por lo que habrá que esperar hasta que haya una sentencia de condena, que, como sabemos puede prolongarse en el tiempo si se procede a la aplicación del artículo 57 del Código Penal que regula las penas accesorias que pueden imponerse por la comisión de delitos de violencia de género. De manera que el progenitor se va a ver privado en todo caso, de una comunicación y visita con su hijo, condicionada a la pendencia del proceso penal, aunque tales hechos por los que está siendo investigado (pues hablamos en fase instructora, conforme a lo que se refiere el propio artículo 94 CC), no se proyectaran en el hijo menor del mismo, sino que en todo caso, por la protección de la víctima, en ese caso ¿Dónde queda el interés superior del menor y la valoración de la relación paternofilial?.

Si el progenitor hace uso de su derecho fundamental de recurso, consigue llegar a interponer recurso de casación ante el TS, hasta que obtenga una sentencia firme, teniendo en cuenta el periodo de ejecución de las penas, nos encontramos con progenitores que han cometido un delito leve de violencia de género que desde el inicio de ese proceso ya no tienen derecho a ver a su hijo, pero a mi juicio, el legislador no ha tenido en cuenta que ese progenitor puede incluso obtener una absolución. Sabiendo la congestión de los Juzgados y Tribunales, la relación paternofilial ya se ha visto afectada por una supresión de la relación paternofilial durante mucho tiempo, tiempo que en todo caso es irreparable, y que, en cualquier caso, va a ser muy difícil de volver a regenerar.

Además, considero que este artículo es una intromisión a la función jurisdiccional que ostentan los jueces, pues deja muy poca capacidad de decisión al juez ya que no podrá adaptar la norma a cada caso concreto tras la valoración de las pruebas practicadas, pues ante cualquier proceso de violencia de género, el artículo 94 debe operar automáticamente, (como se ha puesto de manifiesto en el análisis del caso del punto 5 del presente trabajo), de manera que realmente el juez se ve obligado a utilizar este mecanismo, pues en caso de que entre a ponderar la valoración de la relación paternofilial como así dispone el artículo 544.ter LECrim, en ese caso es necesario acudir a informes del equipo psicosocial, y como sabemos estos informes pueden demorarse meses hasta que se presentan.

Es por ello por lo que, a pesar de oponerme a la regla general de que ante cualquier supuesto de violencia de género debe desencadenar en una ruptura de la relación paternofamiliar, es preciso matizar que dicho régimen no debe ser impuesto de forma ordinaria, pues no es lícito asumir que porque ese progenitor no haya ejercido una violencia de género contra ese menor, no pueda hacerlo en un futuro de manera que estas visitas, a pesar de que no deban eliminarse, para poder garantizar la relación paternofamiliar, y sobre todo, la seguridad del menor, considero que esas visitas deben ser tuteladas, ya sea a través de otros familiares de confianza, en lugares públicos o a través de personal especializado (trabajadores sociales, psicólogos...) a través del Punto de Encuentro Familiar.

Por lo expuesto, el artículo 94 CC debería contener una serie de circunstancias, como las analizadas en el presente trabajo, de manera que al incurrir en ellas, la regla general debería ser la imposición de ese régimen de visitas, pero en todo caso tutelado por medio de familiares o terceros, o bien a través de ese PEF explicado con anterioridad, pues no todos los delitos son iguales y no todas las consecuencias derivadas de tales delitos ocasionan un perjuicio para el menor. Sólo en el caso de que no se cumplan tales características y hablemos de una violencia de género reiterada en el tiempo, habitual, donde el progenitor incurra en conductas de posesión, agresividad y superioridad con respecto a la mujer (e indirectamente sobre los menores) donde se hayan producido hechos que tengan trascendencia grave para la vida de la víctima y de los menores, debería imponerse terminantemente esa supresión de visitas, comunicación y estancia del progenitor, pues en ese caso, es perjudicial para ese menor seguir manteniendo el contacto con un progenitor violento que en un futuro puede poner en peligro la vida de ese menor.

En todo caso, lo que está claro es que la violencia de género existe, y que cada caso es distinto, de manera que el juez debe abordar estos términos, valorando exhaustivamente las circunstancias concretas del caso, y valorando en todo caso, todos los aspectos relativos al interés superior del menor y la relación paternofamiliar para poder adoptar una decisión que proteja lo más ampliamente posible, la seguridad de esos menores. No valen automatismo, disminuciones de la discrecionalidad del juez, y perjuicios para unos menores que en un futuro, serán muy difíciles de corregir.

8. ANEXO I - ENCUESTAS

Cuando empecé a plantearme el tema del trabajo, quería saber lo que opinaba la gente, y cuál era su perspectiva de manera que, a través de las redes sociales, concretamente por medio de Instagram, lancé una serie de encuestas para que la gente pudiera votar y me pudieran comentar sus opiniones.

En este aspecto, colgué primero la información, para contextualizar la situación (todo en términos generales puesto que no tenía medio para dar detalladamente toda la información), y escribí lo siguiente.

A raíz de la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio, cuando un progenitor se vea inmerso en un procedimiento de violencia de género, automáticamente el juez suprimirá el régimen de visitas para con el hijo menor de edad en aras del interés superior de dicho menor.

Mi planteamiento es que en aquellos casos en los cuales se haya producido una violencia de género leve, puntual, sin generar ningún tipo de peligro para el menor, donde ese conflicto solo ha surgido entre padre y madre, y por supuesto en el que dicho progenitor haya sido condenado y castigado por esa violencia de género.

Y a continuación, formulé las siguientes preguntas, dando a elegir entre sí o no:

En primer lugar, ¿Consideraríais que lo realmente beneficioso para ese menor es no ver a su padre? (A pesar de que no haya peligrosidad para ese menor y que la relación paterno-filial sea buena).

¿CONSIDERARÍAIS QUE LO REALMENTE BENEFICIOSO PARA ESE MENOR ES NO VER A SU PADRE?



En este gráfico he intentado desglosar todos los datos relativos a las personas que estaban de acuerdo y los que estaban en contra, distinguiendo entre se trataran de hombres y mujeres.

En este extremo, esta pregunta fue respondida por un total de 170 personas entre lo que se puede plasmar que:

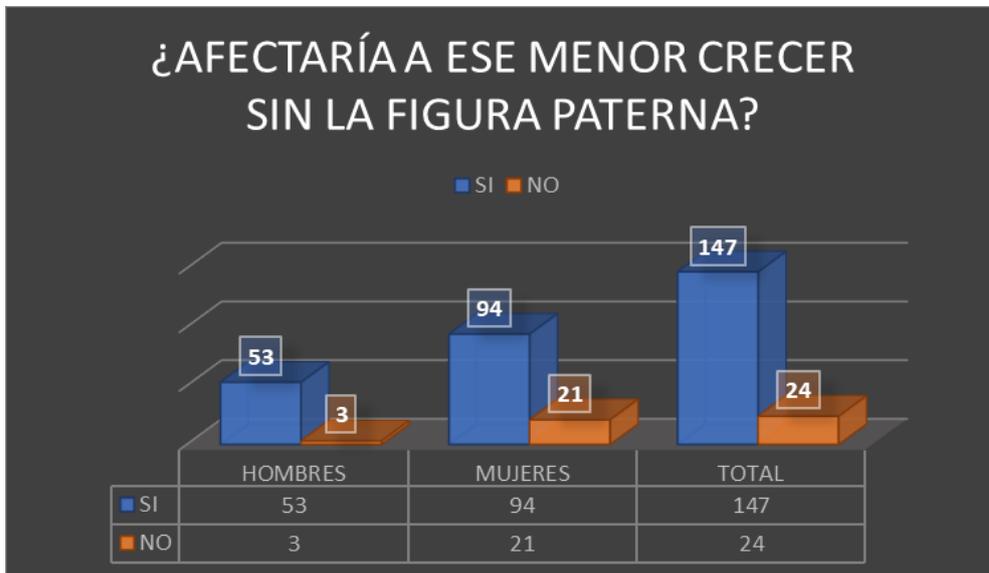
- El 72% no considera beneficioso para el menor, la supresión del régimen de visitas.
- El 28% considera que la supresión del régimen de visitas beneficia al menor.

En segundo lugar, hice una pregunta directa y simple, ¿Afectaría al menor crecer sin la figura paterna?.

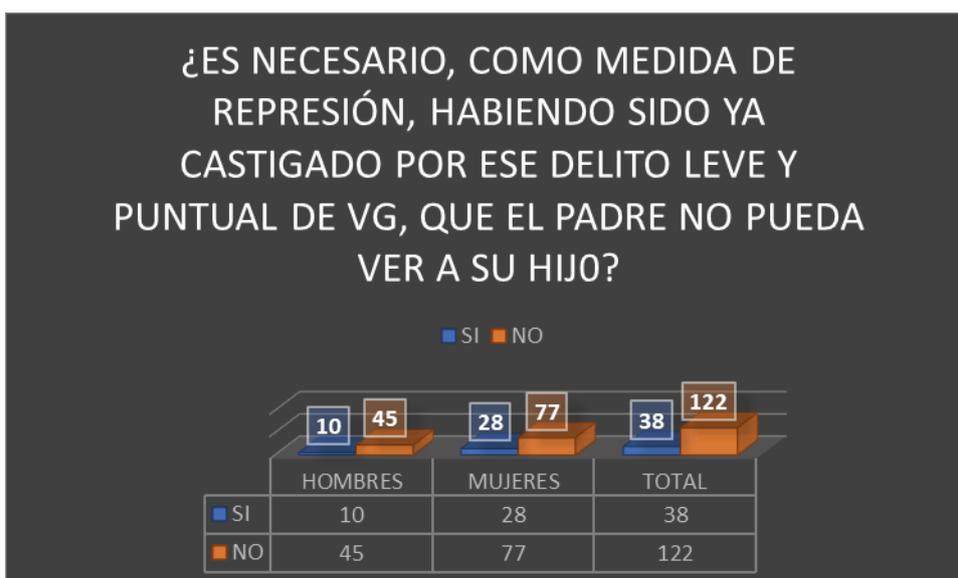
En este caso, 171 personas respondieron a esta pregunta en la que se observa lo siguiente:

- Un 86 % de los votantes consideran que la supresión del régimen de visitas afectaría al menor por crecer sin la figura paterna al lado.

- b. Mientras que el 14 % considera que en ningún afecta al menor el desarrollo de su crecimiento sin tener consigo la figura paterna



En tercer lugar, planteé el siguiente escenario, “teniendo en cuenta el retraso que sufren nuestros Juzgados y Tribunales, y sabiendo que un proceso puede tardar bastante tiempo en resolverse” y lancé la siguiente pregunta, ¿Es necesario, como medida de represión, habiendo sido ya castigado por ese delito de violencia de género, el que el padre no pueda ver a su hijo durante tanto tiempo?.



En esta pregunta participaron un total de 160 personas, y estas fueron sus respuestas:

- a. El 76 % considera que no es necesario que el progenitor, ya condenado por violencia de género, vea también suprimido el régimen de visitas para con su hijo.
- b. Sin embargo, un 26% de los votantes consideran que, en cualquier caso, es necesario que ese progenitor vea suprimido tal régimen.

En cuarto lugar, me remití a los artículos 92.6 CC, 770.1.4 LEC y 9 de la Ley de Protección Jurídica del menor en base a lo siguiente, “La ley dispone que el mayor de 12 años puede directamente decidir si quiere o no que se imponga el régimen de visitas con su progenitor mientras que, en el caso de menores de 12 años, tal decisión se hará mediante valoraciones e informes de los equipos psicosociales”. En este caso, los menores de 12 años ¿están siendo verdaderamente protegidos mediante la supresión directa de este régimen de visitas con el padre?.

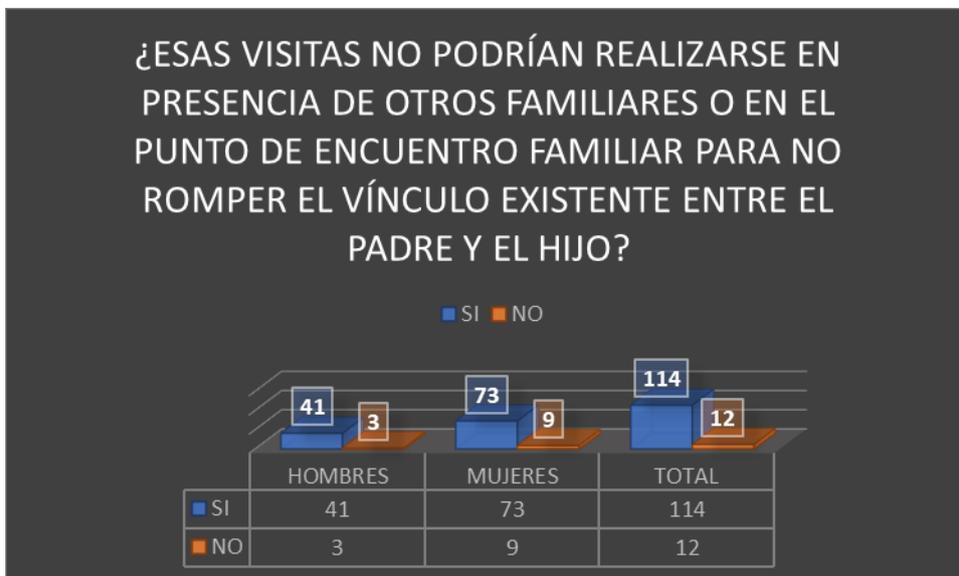


- a. Al igual que en la pregunta anterior, el 76% de los votantes no consideran que los menores de 12 años estén siendo realmente protegidos mediante la supresión del régimen de visitas para con el padre.

- b. Aunque un 24% está convencido de que la supresión del régimen de visitas es, en todo caso, una medida de protección para estos menores.

Finalmente, la siguiente pregunta la realicé en aras de plantear una propuesta diferente frente a la supresión directa del régimen de visitas para el progenitor. En este sentido, formulé la siguiente pregunta, ¿Esas visitas no podrían realizarse en presencia de otros familiares o en el Punto de Encuentro Familiar para no romper el vínculo existente entre el padre y su hijo?

- a. En este caso, hay una clara posición con respecto a las preguntas anteriores donde hay más diversidad de porcentajes en las respuestas, pues, el 90% está de acuerdo en que tales visitas puedan ser tuteladas (mediante familiares o los puntos de encuentro familiares).
- b. Solo un 10% no está de acuerdo con estas alternativas.



De estas encuestas lo que saco en claro, aunque de una forma genérica es que la mayoría de las personas que participaron en la encuesta sostienen que el menor crezca sin la figura paterna, influiría negativamente en el desarrollo del mismo, y, por lo tanto,

antes de realizar una suspensión de ese régimen de visitas, sería menos restrictivo que esas visitas fueran limitadas en el tiempo, se llevaran a cabo a través de los PEF o a través de otros familiares de confianza, o incluso a través de tales familiares en lugares públicos.

El punto que quizá haya generado más controversia es el hecho de que el progenitor, habiendo sido ya castigado por esa violencia de género, hay un 26% que considera que sí es necesario que se le supriman esas visitas, frente a un 76% que dice que bastaría con la condena de ese delito. Está claro que cada situación es distinta, y que, en todo caso, es necesario atender a las circunstancias del caso concreto, si bien me ha parecido interesante plasmar la opinión de la gente con respecto a este tema.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS, REVISTAS, PÁGINAS Y DOCUMENTOS:

- BERGARECHE LUQUIN, R. “Los puntos de encuentro familiar como garantía del interés del menor en ejercicio del Ius Visitandi”, *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, p. 85.

- DE BARTOLOMÉ CENZANO. JC, Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español, *Revista sobre la infancia y la adolescencia* 3, Valencia 2012, pág. 51. Disponible en: <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1300/1334>

- Documento Marco de Mínimos para asegurar la calidad de los puntos de encuentro familiar, aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias. Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.

- GOIRIENA LEKUE. A, La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, Universidad del País Vasco, nº16, 2005, p. 54-55.

- La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género informa sobre la Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, 30 de julio de 2015, p.2. Disponible online en: DGVG_INFORMA_LEYES_INFANCIA (igualdad.gob.es)

- MILLÁN. S, GARCÍA. E, HURTADO. J.A, MORILLA. M, SEPÚLVEDA. P, Victimología infantil, Cuadernos de Medicina Forense, Málaga, nº 43-44, enero/abril 2006, versión online ISSN 1988-61, disponible online en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100001#back

- Página del Comité de los Derechos del Niño
<https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc>

- MORTE BARRACHINA. E, LILA MURILLO.M, La alternativa al conflicto, Punto de Encuentro Familiar, *Psychosocial Intervention* vol.16, nº3, Madrid 2007, ISSN 2173-4712. Disponible online en:
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592007000300001

- MILLÁN. S, GARCÍA. E, HURTADO, J.A, MORILLA.M, SEPÚLVEDA. P, Victimología infantil, *Cuadernos de Medicina Forense*, Málaga, nº 43-44, enero/abril 2006, versión online ISSN 1988-61, disponible en:
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100001#back

- OCÓN DOMINGO, J. “Normativa internacional de protección de la infancia”, *Cuadernos de Trabajo Social*, Universidad de Granada, 2006, p.115.

- ORELLANA VALLEJO. R, SÁNCHEZ-BARRANCO VALLEJO. F, SÁNCHEZ-BARRANCO VALLEJO. P, Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Madrid, 2004. Disponible online en:
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352004000400006

- ORTEGA CALDERÓN. JC, La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 CC tras la reforma por la Ley 8/21 de 2 de junio, *Diario la Ley nº 9892*, Sección tribunal, julio, 2021, Wolters Kluwer, p. 3.

- ORTEGA CALDERÓN. JC, La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 CC tras la reforma por la Ley 8/21 de 2 de junio, *Diario la Ley nº 9892*, Sección tribunal, julio, 2021, Wolters Kluwer, p. 14 y 15.

- MAGRO SERVET. M, Cuadro de Modificaciones afectantes a la violencia de género en las recientes reformas legislativas, *La Ley Penal*, nº 120, Sección Práctica penal, del 1 de mayo al 1 de junio, 2016, Editorial LA LEY 3665/2016. Disponible online en: <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1CTEAAiNjEwMzE7Wy1KLizPw8WyMDQzMDMwNDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAKMbN-g1AAAAWKE#>

- PASAMAR BOLDOVA. MA, El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión, Zaragoza, 2020, inDret, p. 5-6, p. 178-179. Disponible online en: https://zaguan.unizar.es/record/96173/files/texto_completo.pdf

- PAZ FILGUERIA.P, Menores y su protección. Estudios y balance de las reformas de la ley 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Boletín Violencia de Género, Juezas y Jueces para la Democracia*, Madrid, nº 13, septiembre, 2022, p. 12.

- Página Oficial del Comité de los Derechos del Niño disponible en: <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

- PÉREZ VALLEJO. AN, Custodia compartida y Violencia de Género, Cuestiones controvertidas ex art. 92.7 CC, *Revista de estudios de las mujeres*, Almería, Vol.4, 2016, ISSN: 2340-9630, p.4, p.100. Disponible online en: <https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/5763/1745-5152-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- RUIZ RUIZ. MR, Comentarios al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por Violencia de Género, del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, *Revista de Derecho UNED*, Madrid, nº 15, 2014, p. 525, p.4 Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rduned.15.2014.14121>
- WALLERSTEIN. JS, KELLY. JB, Sobrevivir a la ruptura. Cómo los niños y los padres enfrentan el divorcio, Nueva York, 1980, Basic Books.

LEYES Y JURISPRUDENCIA:

- Artículo 45 del Convenio de Estambul del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011. Disponible online en: <https://rm.coe.int/1680462543>
- Artículo 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- Artículo 11.2.1.i de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del menor. Disponible online en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>
- Artículo 65 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004 de 28 de diciembre.
- Artículo 92 del Código Civil.
- Artículo 94 del Código Civil antes de la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio.
- Artículo 94 del Código Civil Español. Disponible online en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Artículo 544.ter.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- Artículo 2 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Disponible online en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>
- Artículo 2.d LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Disponible online en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>
- Apartado 2º de la Exposición de Motivos de la LOMPIVG 1/2004: “Las 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 violencia. La ley contempla también su protección, no solo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.
- Disposición Tercera de la LO 8/2015.
- Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor de 17 de enero de 1996. Disponible online en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de abril de 1998.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 4 de mayo de 2006.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 74/2019.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 9 de diciembre de 2020.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense 854/2022 de 21 de noviembre de 2022.

- Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián 3/2021 de 31 de enero de 2022.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008 de 22 de diciembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022 de 13 de septiembre de 2022.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 758/2013, de 25 de noviembre de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo 680/2015 de 26 de diciembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3/2016 de 4 de febrero de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo 251/2016 de 13 de abril de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo, 625/2022 de 26 de septiembre de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo 729/2021 de 27 de octubre de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo 152/2022 de 22 de febrero de 2022.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 3003/2022, de 11 de julio de 2022.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, STS 3402/2022 de 26 de septiembre de 2022.