

DERECHOS DE VISITA, COMUNICACIÓN Y COMPAÑÍA:  
LA ONDA EXPANSIVA DE LA LEY 8/2021

*RIGHTS OF ACCESS, COMMUNICATION AND COMPANIONSHIP:  
THE RIPPLE EFFECT OF LEY 8/2021*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 214-245*

Covadonga  
LÓPEZ  
SUÁREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

**RESUMEN:** Este estudio se centra en la modificación operada por la Ley 8/2021 en cuanto a los derechos de visita, comunicación y compañía del progenitor no custodio respecto de sus hijos, principalmente en lo relativo a la limitación o suspensión de los mismos. Se busca confeccionar un comentario crítico de esta, identificar aquellos aspectos que hayan resaltado en mayor medida y, acudiendo a las opiniones jurisprudenciales y doctrinales reinantes hasta que se materializó dicha reforma, cavilar acerca de si se alinea o no con las corrientes de pensamiento que le preceden y, en definitiva, concluir si las novedades introducidas son un medio acertado para lograr los objetivos que parecieran impulsarlas.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de visita; violencia de género; violencia vicaria.

**ABSTRACT:** *This study focuses on the modification made by Law 8/2021 regarding the rights of access, communication and company of the non-custodial parent with respect to his or her children, mainly in relation to the limitation or suspension of these rights. The aim is to make a critical commentary on this, to identify those aspects that have stood out to a greater extent and, by turning to the prevailing jurisprudential and doctrinal opinions until the reform was implemented, to consider whether or not it is in line with the currents of thought that preceded it and, in short, to conclude whether the novelties introduced are the right way to achieve the objectives that seem to have driven them.*

**KEY WORDS:** *Rights of access; gender-based violence; vicarious violence.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNAS NOTAS PREVIAS SOBRE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 94 CC.- I. Comentario a la reforma del artículo 94 CC: ¿qué ha cambiado?.- A) Modificaciones relativas a la determinación de los derechos de visita, comunicación y estancia respecto de hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad.- B) Modificaciones relativas a la limitación o suspensión de estos derechos.- C) Introducción del derecho de visita y comunicación para hermanos, parientes y allegados.- 2. Aspectos sobresalientes de la reforma.- III. LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS DE VISITA, COMUNICACIÓN Y COMPAÑÍA.- I. Algunas cuestiones previas.- 2. Situación previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021.- A) Repaso a la evolución de la suspensión y extinción de los derechos de visita, comunicación y estancia del progenitor no custodio en España. Especial referencia a los casos de violencia de género.- B) Principales líneas de pensamiento y opiniones jurisprudenciales al respecto en el momento de entrada en vigor de la Ley 8/2021.- 3. La limitación y suspensión de los derechos de visita, comunicación y estancia tras la reforma.- A) Antecedentes de la reforma.- B) Análisis jurisprudencial.- C) Consecuencias: pros y contras.- D) Valoración personal.- IV. CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

Nada parecía hacer presagiar que la Ley 8/2021 acogiera la reforma a la que se dedican estas páginas. Ni su título, “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”, ni los motivos aducidos en la misma apuntaban a una modificación que se extendiese más allá de los derechos de las personas con discapacidad.

En efecto, un estudio del preámbulo de este texto lleva al lector a concluir que el legislador trataba de buscar una mejor adecuación de nuestro ordenamiento al Convenio de Nueva York de 2006, no mencionando, ni siquiera someramente, su intención de hacer una pequeña incursión en cómo se encontraban configurados los derechos de visita, comunicación y compañía (principalmente del progenitor no custodio con respecto a sus hijos) en el Código Civil (en adelante, CC). Sin embargo, esto no resultó ser impedimento alguno para dar un vuelco a lo que hasta aquel momento establecía el artículo 94 CC, artículo que ha sido alterado no solo en lo que respecta a los hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad, sino también en lo relativo a la limitación y suspensión de estos derechos y a su extensión hacia hermanos, parientes y otros allegados.

El debate en esta cuestión es inevitable, principalmente en torno a las nuevas causas de limitación y suspensión, motivo por el cual serán estas las que tengan mayor protagonismo en el estudio que aquí comienza. Y es que la decisión del legislador ha sido puesta en tela de juicio hasta el punto de interponerse un recurso de inconstitucionalidad por parte del grupo parlamentario VOX del Congreso de los Diputados, cuya respuesta se ha conocido recientemente.

### • Covadonga López Suárez

Investigadora Predoctoral FPU en Derecho Civil. Universidad de Cádiz. E-mail: covadonga.lopezsuarez@mail.uca.es

Parece claro, pues, cuán necesario es ahondar en este aspecto, determinar cuál era el estado de la cuestión antes de que se aprobara esta ley y cuál ha sido el resultado de su entrada en vigor en la práctica jurídica, en los tribunales, pudiendo resultar de todo ello una opinión fundada sobre sus pros y contras.

## II. ALGUNAS NOTAS PREVIAS SOBRE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 94 CC.

### I. Comentario a la reforma del artículo 94 CC: ¿qué ha cambiado?.

Destinado a la regulación de los derechos de visita, comunicación y compañía del progenitor no custodio respecto de sus hijos<sup>1</sup> a raíz de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, el artículo 94 CC no había sido alterado más que por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, alteración nada comparable a la que tratamos de explicar en estos instantes. Mas, mientras que por aquel entonces simplemente se anexó un segundo párrafo<sup>2</sup>, sin introducir cambio alguno en lo que ya se preveía, la Ley 8/2021, como puede apreciarse a continuación, ha supuesto un giro radical.

Son cuantiosas las diferencias entre el régimen anterior y el vigente en la actualidad<sup>3</sup>, algo que queda patente atendiendo tan solo a la extensión de una y

- <sup>1</sup> Aunque este estudio se centre en los cambios que más abajo se comentan, no puede obviarse que estos derechos de los que hablamos, los derechos de visita, comunicación y compañía, no solo vienen regulados por el artículo que nos ocupa, sino también por el artículo 90 CC, el artículo 103 de este mismo texto, así como tampoco puede evitarse la referencia obligada al artículo 160 CC, al que haremos mención en más ocasiones al hilo de las elucubraciones de este trabajo (y este último no se entiende sin el artículo 161 CC).
- <sup>2</sup> Concretamente, se hacía referencia al derecho de visita de los abuelos, puesto que hasta ese momento tan solo se había regulado este respecto de, como decíamos, el progenitor no custodio.
- <sup>3</sup> Tengamos en cuenta que el artículo 94 CC decía tal que así hasta la Ley 8/2021: “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 incumplieran 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.”; mientras que actualmente reza como sigue: “La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior. La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. 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

otra versión (anteriormente el precepto contaba tan solo con dos párrafos, siendo ahora de seis). Pero, evidentemente, no solo en lo formal difieren, sino también, y lo que es más importante, en cuestión de fondo, habiéndose realizado cambios, como decíamos, en cuanto a los hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad, respecto a la limitación o extinción de estos derechos e introduciéndose el derecho de visita y comunicación para hermanos, parientes y allegados.

*A) Modificaciones relativas a la determinación de los derechos de visita, comunicación y estancia respecto de hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad.*

Si bien es cierto que el inicio de esta nueva redacción no dista en demasía de la anterior, comenzamos ya a atisbar algunas de estas variaciones a las que hacíamos referencia. Además de, por ejemplo, ser sustituida la palabra “juez” por “autoridad judicial”, el legislador de 2021 ha optado por regular los derechos que dan nombre a estas páginas en párrafos independientes según se refiera a hijos menores de edad o a aquellos “con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión”, al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, pues se refería a ambos de manera conjunta (“(..) a los hijos menores o incapacitados”) siendo la norma para unos y otros indiferente.

Nótese que, a este respecto, y a pesar de lo que afirmábamos al comienzo, sí parece responder la actuación legislativa al título y los designios de la ley que lo ampara, pues afecta, por una parte, a la nomenclatura empleada para referirse a los verdaderos protagonistas de esta (es decir, a las personas con discapacidad, ya no incapacitadas) y, lo que es más relevante, personaliza su regulación, no siendo abducidos por la concebida para los menores de edad.

Prosigue el precepto disponiendo, como último apunte dentro de las que hemos denominado “modificaciones relativas a la determinación de los derechos de visita, comunicación y estancia respecto de hijos menores e hijos mayores o emancipados con discapacidad” que todo lo anterior se acordará por la autoridad judicial, pero “previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal”. Si acudimos a lo hasta el momento previsto, podemos advertir que no se hacía referencia alguna a

---

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 paternofamiliar. 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. Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad.”

esta exigencia, limitándose el Código a establecer que el juez sería el encargado de tomar esta decisión.

*B) Modificaciones relativas a la limitación o suspensión de estos derechos.*

Decíamos que los cambios analizados en el apartado anterior sí fluyen con los propósitos perseguidos por la Ley 8/2021, pues, aunque colateralmente se pronuncien sobre otros aspectos, centran su atención en las personas con discapacidad y en cómo esta regulación les afectaba. Sin embargo, es adentrándonos en las restantes innovaciones como nos percatamos de que el sentido del nuevo artículo 94 CC escapa, por mucho, lo que en principio pretendía, presuntamente, el legislador con esta sonada reforma.

Uno de los ejemplos de esta extralimitación de la que hablamos la encontramos en la nueva referencia del predicho precepto a la limitación o suspensión de los derechos en cuestión. Aunque tanto antes como después de esta reforma, el artículo 94 CC concreta cuándo procede la limitación del derecho de visita, comunicación y compañía o, incluso, su suspensión, es evidente el carácter eminentemente más exhaustivo que ello ha adoptado con la modificación, como un estudio comparativo de ambas literalidades nos muestra a continuación.

De forma mucho más breve y concisa, el legislador de 1981 dispuso que podría el juez limitar o suspender estos derechos “si se dieran *graves circunstancias* que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. Destaca sobremanera, motivo por el cual lo señalamos en este punto a pesar de que se profundizará a este respecto en los epígrafes venideros, la indeterminación de la expresión “graves circunstancias”, que permitía un cierto margen de interpretación.

Sin embargo, este aspecto, que, como vemos, se solventaba con poco más de una frase no precisamente concreta, estableciéndose una causa única para proceder a la suspensión o límite de estos derechos (aunque esta implicara una gran flexibilidad en su aplicación por parte de los tribunales), es ahora abarcado por cuatro supuestos de hecho diferentes, siendo este uno de los aspectos que ha merecido más críticas y opiniones entre la doctrina.

El primero de estos supuestos actuales podríamos decir que se corresponde con el de la redacción anterior del artículo, estableciendo que “la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. No son necesarias grandes aclaraciones, tan solo siendo reseñable el hecho de haber sido

sustituida la expresión antes aludida “graves circunstancias” por “circunstancias relevantes”.

En el segundo, sin precedente alguno en lo regulado con anterioridad, se dispone que “(n)o 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”.

Y, seguidamente, guardando estrecha relación con el supuesto que se acaba de exponer, aplica el legislador esto mismo “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”.

Sin embargo, la concurrencia de estas circunstancias no ha de, necesariamente, apartar a un progenitor de su hijo, ya que prevé el mismo precepto a continuación una excepción: “la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial”.

Así pues, puede observarse cómo, a partir de ahora, en caso de haberse iniciado un procedimiento por alguno de los delitos anteriormente citados, o de haber indicios de que, sin que se iniciara, estos hechos se hayan producido, la regla general será la privación al presunto autor de los mismos del derecho de visita, comunicación y estancia para con sus hijos, o lo que es lo mismo, la pérdida de todo contacto. Y será una excepción que tan solo procederá cuando se cumplan los requisitos establecidos y así sea acordado por el juez o tribunal que se permita el mantenimiento de dichos derechos aun cuando concurren estas circunstancias. Empero es preciso añadir que esta excepción no se aplicará “en ningún caso (...) respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos” antes enumerados.

C) *Introducción del derecho de visita y comunicación para hermanos, parientes y allegados.*

Para finalizar, hemos de hacer referencia a que, el que constaba hasta este momento como párrafo segundo del artículo 94 CC y que, gracias a la Ley 42/2003 había abierto la posibilidad de que los derechos de visita y comunicación se concedieran a los abuelos, ha sufrido también los efectos de esta reforma.

Para comenzar, un primer acercamiento arroja como diferencia principal y que no puede ser pasada por alto, que ya no solo se conciben estos derechos para los

abuelos respecto de sus nietos, sino que se extienden mucho más allá, atendiendo a las nuevas circunstancias familiares de la sociedad en la que vivimos. Ese párrafo, al que aludíamos al inicio, ha sido sustituido por uno en el que se amparan las pretensiones de aquel que acredite su "condición de hermano, abuelo, pariente o allegado".

Mas la extensión de su ámbito no es lo único que resalta, siendo otros dos aspectos los que llaman la atención de quien los lee. En primer lugar, en consonancia con el carácter de la Ley 8/2021, se hace mención expresa, algo que no sucedía anteriormente, al "mayor con discapacidad que necesite apoyo para tomar la decisión"; y, en segundo lugar, como consecuencia de esto primero, se exige no solo tener en cuenta "el interés del menor" sino también, de nuevo, "la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad".

## 2. Aspectos sobresalientes de la reforma.

Los epígrafes que acaban de presentarse son, sin lugar a dudas, señal manifiesta de la relevancia de esta modificación. Y, aunque, como las páginas que a esta preceden muestran, han sido varias las aportaciones realizadas por esta ley al artículo 94 CC, debido a que un estudio de todas ellas sería inabarcable en un trabajo de este calibre, nos centraremos en averiguar los aciertos y desatinos del legislador en tanto en cuanto a uno de los tres ámbitos que hemos introducido: el nuevo régimen de limitación o suspensión de los derechos de visita, comunicación y compañía.

## III. LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS DE VISITA, COMUNICACIÓN Y COMPAÑÍA.

La causa única pero considerablemente amplia que determinaba hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 por qué podían limitarse o suspenderse los derechos de visita, comunicación o compañía al progenitor no custodio, ha sido completada con otras tres mucho más específicas y que, como el lector avezado habrá advertido, se encuentran íntimamente relacionadas con la violencia sobre la mujer<sup>4</sup>. Parece claro que "el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica" no ha sido el fin último detrás de esta modificación, sino que más bien lo ha sido intentar atajar la violencia de género y, sobre todo, la denominada violencia vicaria.

4 Tan solo se requiere acudir a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo artículo 1, en sus párrafos 3 y 4 considera violencia de género a "todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad" y a "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".

La violencia de género es, sin lugar alguno a dudas, un problema real de la sociedad actual que no ha logrado erradicarse a pesar de que, en una lucha continua en su contra, las instituciones han llevado a cabo incontables iniciativas con este objetivo (o, al menos, tratando de paliar sus efectos). Es evidente que nos urge encontrar soluciones a este mal, ya no solo pensando en estas mujeres, sino también, como advertíamos, en todos los menores que han sido y siguen siendo víctimas colaterales, cuyas vidas son usadas a menudo como armas arrojadas para causar el mayor dolor posible por medio de la ya mencionada violencia vicaria, entre otros de los infortunios que sufren a diario estos niños. La cuestión es, en cualquier caso, si con esta reforma estamos más cerca de lograr este cometido, si realmente puede ser una herramienta útil.

### I. Algunas cuestiones previas.

Es necesario, a pesar de que el interés de esta cuestión pudiera apremiar su estudio, comenzar reflexionando sobre estos derechos, puesto que este análisis quedaría manifiestamente incompleto si no se aclarasen los pilares teóricos sobre los que se sustenta.

Si bien estos son derechos tanto para el hijo como para su progenitor, lo cierto es que prima el interés de este primero, configurándose, además, como un deber para este último<sup>5</sup>. De hecho, ello es confirmado con motivo de la reforma acometida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el artículo 160 CC, como decíamos, también relativo a los derechos que aquí analizamos, modificando su redacción para que en lugar de concebirse como un “derecho del padre” sea entendido como un “derecho del hijo”, desequilibrándose la balanza a favor de este, poniéndosele en una situación de preeminencia. La consecuencia práctica de esto es clara: ha de primar el interés del menor en todo lo relativo a estos derechos, aunque sea en detrimento de lo que resultara más beneficioso al progenitor no custodio<sup>6</sup>.

5 Ya advertía esto mismo hace más de una década DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Alteración del régimen de visitas de los progenitores”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, núm. 712, p. 925, quien decía de este derecho que “constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores”. Esta afirmación la comparte, entre otros, VERDEIRA IZQUIERDO, B.: “Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género”, en AA.VV., *Actas del III congreso universitario nacional “Investigación y género”* (coord. por I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ), CS9 Producciones S.L.N.E., Sevilla, 2011, p. 2052.

6 Encuentra su fundamento esta visión, impulsando la reforma más arriba descrita como bien refiere la exposición de motivos de la Ley de 2015, entre otros, en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Mención especial merecen también el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño del Parlamento Europeo (18 de julio de 1992). Aunque ya hacía suyas estas afirmaciones en su momento el Tribunal Constitucional en la STC 22 diciembre 2008 (RTC 2008, 176), concretamente, en su FJ 6.

Aunque ni en aquel momento ni en este presente se decidiera dar uniformidad a su tratamiento en el Código actuando en este mismo sentido sobre el artículo 94<sup>7</sup>, que aún parece velar por el “derecho del padre”, la clara preferencia por el bienestar e interés del menor resta relevancia a este asunto lingüístico, máxime cuando la nueva literalidad del precepto pone de manifiesto esto mismo en mayor medida si cabe que hasta el momento.

El quid de la cuestión siempre que se estudien los derechos de visita, comunicación y compañía, pues, radicará en desenmascarar qué actuación vela por este interés<sup>8</sup>. Si recordamos lo comentado en el primero de los apartados que componen este trabajo, en el que se ha hecho un estudio de cada una de las novedades introducidas en el artículo 94 CC con motivo de la citada Ley 8/2021, actualmente el precepto exige se prive del contacto paterno-filial, como regla general, a aquellos progenitores que bien estén siendo investigados por determinados delitos contra su cónyuge o hijos, bien sean sujetos de “indicios fundados de violencia doméstica o de género” (aunque se prevén excepciones) y, en todo caso, a los que por estos motivos se encuentren en prisión. Consecuentemente, la pregunta que será un constante en este estudio y que nos servirá de guía en las reflexiones que de él resulten será si ha actuado el legislador en esta ocasión en pro de este principio.

## 2. Situación previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Para responder a las cuestiones que aquí se plantean es de ayuda (e inevitable, en cierto modo) plantearse, además, si esto que ha dispuesto el legislador atiende o no a los deseos de la doctrina y la jurisprudencia de los últimos tiempos. Ante la libertad concedida anteriormente por el Código, que, recordemos, confiaba en el criterio del decisor (de la autoridad judicial) para determinar si los hechos que enjuiciaba podían o no ser calificados de “graves circunstancias”, podemos preguntarnos si jueces y tribunales procedían tal y como la ley ahora prevé o si se ha actuado en contra de lo que estos mantenían. Para ello, así mismo, habremos de hacer referencia a las diferentes modificaciones legislativas que a lo largo del tiempo hayan afectado a estos derechos.

7 Se hace eco de esto mismo REYES CANO, P.: “Menores y violencia de género: nuevos paradigmas”, *DIGIBUG: Repositorio Institucional de la Universidad de Granada*, 2018 (disponible en <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/54414/87798.pdf>; última consulta 13/10/2022), p. 208.

8 Interesa, en este sentido, el estudio exhaustivo realizado por SILLERO CROVETTO, B.: “Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, núm. 6, pp. 12-20, sobre el concepto “interés superior del menor” y su debida interpretación. También la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido en numerosas ocasiones, siendo destacable, por ejemplo, lo considerado por la SAP de Lugo 24 mayo 2021 (JUR 2021, 237969) (sobre la que posteriormente debatiremos con cierta profundidad), FJ3.

A) *Repaso a la evolución de la suspensión y extinción de los derechos de visita, comunicación y estancia del progenitor no custodio en España. Especial referencia a los casos de violencia de género.*

Allá por el año 2004 entraba en vigor la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG). En consonancia con lo defendido en la exposición de motivos<sup>9</sup>, este texto contempló expresamente en su artículo 66 la posibilidad de que el juez pudiera “ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes”<sup>10</sup>. Nótese que hasta ese momento la única vía de que se llevara a cabo dicha suspensión con respecto a un progenitor que cumpliera con este requisito era el artículo 94 CC, que, como venimos diciendo, lo permitía siempre que se diesen “graves circunstancias”. Esta reforma venía, pues, a concretar dicho precepto<sup>11</sup>.

Hemos de destacar, eso sí, que este artículo, en un principio breve y conciso, fue alterado con motivo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, extendiendo su ámbito de aplicación también a los derechos de estancia y comunicación (como atestigua que se titule “de la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores”) incluyéndose un segundo párrafo en el que se establece cómo ha de actuar el juez en caso de no suspender estos derechos aun cuando se dieran las circunstancias previstas (que el progenitor no custodio estuviera inculcado por violencia de género).

Nada se decía de la violencia ejercida solo y exclusivamente contra los menores, aunque quizá tampoco fuese necesario por entenderse perfectamente encuadrable en lo que denominaba el artículo 94 CC “graves circunstancias”. Así lo aseveraba tan solo un año después de la entrada en vigor de la LOMPIVG la STS 21 noviembre 2005<sup>12</sup>. Según los hechos relatados en la misma, tras retirarse la guarda y custodia del menor al padre a consecuencia de los malos tratos y daños físicos que este profería a su hijo (por los que posteriormente sería condenado), y en contra de lo solicitado por la madre del pequeño, no consideró la Audiencia

9 En la que se lee que “(l)as situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.

10 Esto aquí contemplado se alinea con lo expuesto por el Dictamen sobre violencia doméstica contra las mujeres elaborado por el Comité Económico y Social Europeo, cuyo apartado 2.3.13.1 decía así: “De conformidad con las legislaciones en materia de protección frente a la violencia en la familia, la mayoría de las veces se pueden pronunciar órdenes de alejamiento y prohibiciones de visitas. No obstante, los derechos de visita de los hijos concedidos a los hombres (divorciados) pueden anular el objetivo perseguido con esas medidas de proteger a la víctima frente a su pareja violenta. Las legislaciones de algunos Estados miembros ya prevén medidas para remediar estas situaciones”.

11 Se pronuncia en este sentido VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estado actual”, cit., p. 2052.

12 STS 21 noviembre 2005 (RJ 2005, 7734).

necesario suspender el derecho de visitas: se suponía más beneficioso para el menor el mantenimiento de la relación con ambos de sus progenitores<sup>13</sup>. Sin embargo, como vaticinábamos, lo verdaderamente relevante en el seno de este estudio es que el Tribunal Supremo falló a favor de la suspensión de este derecho debido justamente a la condena por sentencia firme por la violencia ejercida contra el menor, una clara “circunstancia grave”.

Haciendo un pequeño inciso en este recorrido de los hitos más relevantes, a nuestro entender, que a este respecto se hayan dado en el transcurso de los años, interesa resaltar que, consecuencia tanto del referido artículo 66 LOMPIVG (en su antigua y nueva versión) como del pronunciamiento que acabamos de relatar, lo que en un principio parecía ser un término jurídicamente indeterminado comenzaba a tomar forma, pues se estiman expresamente (ya sea por parte del legislador o de la jurisprudencia) merecedores de tal suspensión los casos en los que el progenitor hubiese sido condenado por violencia de género o violencia contra el menor.

Esto guarda cierta similitud con el principio del tercer párrafo actual del artículo 94 CC, es decir, con la suspensión o no establecimiento de régimen de visitas o estancia “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”, aunque son acusadas las diferencias que se advierten, por cuanto no se procedía a la suspensión instantánea del derecho de visita así como se preveía tan solo en caso de que se hubiera inculpado al progenitor. Es más, se postuló en contra de que ello se produjera de forma automática lo concluido por el IV Encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia<sup>14</sup> en el año 2009.

Empero consideramos que lo que más claridad puede aportar en este sentido, es decir, lo que va a ayudarnos a dirimir qué opiniones merecía esta cuestión en años anteriores, es un análisis jurisprudencial de los pronunciamientos más significativos (o, al menos, de los que nosotros encontramos más relevantes), procediendo a ello a continuación.

---

13 Para esto se basó el juez en que “no detectaban en el mismo trastornos mentales, psicopatológicos o disfuncionalidades en las relaciones respecto a otros hijos del explorado, ni criterios educativos erráticos, considerando conveniente para el menor mantener la relación con los progenitores, la que debería establecerse respecto al padre en forma progresiva y con el control inmediato de tercera persona”.

14 Como puede leerse en Asociación Española de Abogados de Familia, *Conclusiones de los IV Encuentros de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia y las VI Jornadas nacionales de magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales, celebradas en Valencia del 26 al 28 de octubre de 2009, 2009* (Disponible en <http://ayudaafamiliasseparadas.es/archivo/archivo/IV%20ENCUENTRO%20MAGISTRADOS.pdf>; última consulta 10/10/2022).

Empezamos nuestro caminar haciendo referencia a la *STS 11 febrero 2011*<sup>15</sup>. Los hechos que dieron pie a este pronunciamiento se iniciaron con la denuncia de una mujer contra quien hasta el momento había sido su pareja (y con quien tenía un hijo en común). La causa fue sobreseída a consecuencia del perdón de la ofendida, pero la guarda y custodia del menor mantuvo a las partes enfrentadas ante los tribunales.

El Juzgado de primera instancia de Las Palmas de Gran Canaria falló a favor de la guarda y custodia de la madre sin establecimiento de régimen de visitas alguno con respecto al otro progenitor a causa de su "comportamiento violento". Este, contrariado, apeló la sentencia, pero tampoco satisfizo sus pretensiones la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que desestimó el recurso parapetándose en que, aun no habiendo sido condenado, la más que probable "situación de violencia familiar" debía ser tenida en cuenta<sup>16</sup>. De nuevo recurrió el padre, solicitando se le concediera el derecho de visita con respecto a su hijo, aunque, finalmente, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la audiencia, postulándose en contra de lo solicitado tanto por el recurrente como por la Fiscalía. Aludiendo al interés superior del menor, este consideró que las circunstancias que rodeaban la relación entre los progenitores de este aconsejaban privar al padre de régimen de visitas alguno, al menos, por el momento.

También hemos de considerar lo concluido por el Tribunal Supremo en la *STS 26 noviembre 2015*<sup>17</sup>. Demandante y demandada eran un matrimonio con dos hijas. Tras condenarse al demandante por delitos cometidos respecto de su esposa e hija mayor<sup>18</sup> a prisión, y a raíz de ello, se estableció una orden de alejamiento contra la mayor de las hijas, pero no se limitó explícitamente la comunicación y visitas en cuanto a la pequeña. La demanda que dio comienzo a este procedimiento la interpuso el padre, buscando con ella que se estableciera un régimen de visitas que le mantuviese en contacto con la menor de sus descendientes, sin pretensiones de obtener la guarda y custodia de la misma. La demandada se opuso, alegando que a la luz de los hechos acontecidos respecto de su hija mayor y de ella misma no era seguro que la otra permaneciese bajos sus cuidados, pudiendo ser víctima, como su hermana y madre, de los actos de su padre, así como pudiendo ser esto perjudicial para la salud mental de la primera.

---

15 *STS 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311)*.

16 Concretamente, se refleja en el fundamento de derecho segundo de la *STS* el siguiente argumento: "entiende la Sala que existen pruebas de una posible situación de violencia familiar y que aunque el padre no ha sido condenado por haber acabado el procedimiento con perdón de la ofendida, estas pruebas deben valorarse, porque la "demandante, en la actualidad, se ve obligada a vivir en una vivienda facilitada por la administración en respuesta a las situaciones de violencia de familia", hecho éste que no ha sido negado".

17 *STS 26 noviembre 2015 (RJ 2015, 5624)*

18 Concretamente, se le condena por "un delito de malos tratos habituales contra la demandada, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor, Elisabeth, y un delito de amenazas a las penas de dos años y ocho meses, seis meses y seis meses de prisión y accesorias".

El juzgado de primera instancia decidió acceder a las peticiones del demandante, mas no por completo, pues, por un lado, el régimen de visitas que decidió establecer sería, según palabras textuales, de “carácter restrictivo” y se desarrollaría “en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras de forma tutelada”, y, por otro, se condicionó al cumplimiento de una serie de requisitos. Este fallo se entendía justificado por la ausencia de condena del padre en cuanto a la menor, permitiéndose así que fueran “retomando el contacto de forma progresiva y no traumática”, pero no contentó a la demandada, que decidió interponer recurso de apelación. Ante la desestimación de dicho recurso, la madre recurrió en casación. En esta ocasión sí se denegó al padre la posibilidad de visitar a su hija, encontrando el Tribunal Supremo demasiado imprecisos los condicionantes impuestos en segunda instancia. No obstante, estaba abierto a la posibilidad de que, transcurrido el tiempo que aún restaba para que saliese de prisión, pudiera volver a estudiarse el asunto y, en consecuencia, imponerse un régimen de visitas adecuado a las circunstancias<sup>19</sup>.

Este pronunciamiento es de suma relevancia, pero lo que más destaca no es lo hasta ahora comentado, sino que es que “establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes”.

Por último, antes de iniciar el estudio de las resoluciones más actuales, nos centramos en analizar lo concluido por la *STS 4 febrero 2016*<sup>20</sup>. El Tribunal Supremo se pronuncia en otro sentido, ya que sí permite al padre, en función del régimen de visitas que sea establecido por parte del Juzgado, mantener el contacto con sus hijos, aunque la guarda y custodia sea concedida a la madre.

En esta ocasión el procedimiento se inició con motivo de la demanda interpuesta por el padre por medio de la cual solicitaba se estableciera la custodia compartida de los hijos que tenía con la demandada. Aunque en primera instancia se falló en contra de sus pretensiones, la Audiencia Provincial estimó el recurso que interpuso, estableciendo la guarda y custodia compartida que el demandante quería. La demandada recurrió, motivo por el cual se dictó la sentencia que aquí comentamos y que acabó fallando en contra de la custodia compartida, aunque permitiendo que el Juzgado concretase, en la ejecución de la sentencia, “el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre”. Y es que resulta que,

---

19 Se pronunció de forma similar con anterioridad la *STS 13 febrero 2015* (RJ 2015, 681). Sin embargo, en este caso era la tía de la menor (hermana de su padre) la que reclamaba la custodia de esta, que por el momento había sido concedida a los abuelos maternos tras acabar su madre con la vida de su padre, con tal de velar de una mejor forma por su interés.

20 *STS 4 febrero 2016* (RJ 2016, 260).

años atrás, el demandante había sido condenado por un “delito de amenazas en el ámbito familiar”. Aunque reconoció los hechos y, según dice, se arrepintió y acudió a terapia, se entiende contrario al interés de los menores ceder a sus pretensiones.

De lo discutido en las líneas anteriores se puede colegir que no en todos los casos en los que había antecedentes de violencia entre los progenitores o con respecto a los hijos se estimó, “ipso facto”, la suspensión del derecho de visitas de quien ejerciera dicha violencia.

Aunque sobresaldría sobremanera del objeto de este estudio un examen exhaustivo de la jurisprudencia más antigua, estos pronunciamientos que sí han sido analizados nos acercan al pensar del momento. A pesar de que en dos de las tres sentencias se termine fallando negando un régimen de visitas para el progenitor no custodio, por ejemplo, en la STS 26 noviembre 2015 se entiende que, pasado un tiempo, podrán volver a revisarse los hechos, y decidir en consecuencia. En el tercero de los casos, como vemos, aun habiendo sido condenado el padre de los pequeños por un delito de violencia familiar, se le permite mantener el contacto con estos.

*B) Principales líneas de pensamiento y opiniones jurisprudenciales al respecto en el momento de entrada en vigor de la Ley 8/2021.*

Hasta este punto ya han sido tratadas algunas resoluciones que, si bien son poco recientes, habrían de ser tenidas en cuenta. Mas, al ser las opiniones cambiantes con el tiempo y la experiencia que los años nos proporcionan, los pronunciamientos cuyo examen es más relevante, en realidad, no son los hasta ahora mencionados, sino los que se presentan a continuación, pues son los más cercanos a la fecha en la que entró en vigor la Ley 8/2021 y con ella la modificación del artículo 94 CC.

Abordamos en primer lugar la STS 29 marzo 2021<sup>21</sup>. Este caso, aunque principalmente gira en torno a si es o no adecuado establecer una guarda y custodia compartida, interesa también lo que al régimen de visitas se refiere. En primera instancia se atribuyó la guarda y custodia de la hija que tenían en común las partes a la madre, pues las relaciones entre los progenitores estaban muy deterioradas (prueba de ello es que estaban pendientes por aquel entonces de la resolución de varios procedimientos penales), pero se previó un régimen de visitas para el padre. Esta resolución fue recurrida por el padre de la menor, desembocando ello en la estimación del recurso por la Audiencia Provincial. Destaca que la Audiencia afirma que, al no haber aún condena penal, sino, dice “sólo indicios racionales de delito”, no ha de “influir en las relaciones entre padre e hija”. La madre, no conforme

---

21 STS 29 marzo 2021 (RJ 2021, I427).

con ello, recurrió en casación la sentencia. El Tribunal Supremo consideró que, habiendo sido condenado ya en ese momento el progenitor por un delito de maltrato habitual, consecuencia de lo que se acordó la “prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la denunciante, de su domicilio y de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier otro medio por tiempo de tres años”, no cabía considerar la custodia compartida como una opción y confirmó la sentencia que anteriormente había dictado el juzgado de primera instancia.

Nótese que, a pesar de que la sentencia presta una especial atención a las circunstancias que la rodean, es decir, a que es condenado el padre por considerarse probado que maltrató a la madre de la pequeña, no se debate, siquiera de forma colateral, cómo podría influir ello en el derecho de visitas, comunicación y estancia. Por el contrario, en los tres pronunciamientos se discute con fervor sobre los perjuicios que pudiera causar el establecimiento de la custodia compartida, pero aquellos que la deniegan y establecen la custodia solo a la madre basándose para ello en los hechos que terminarían siendo condenados, proceden al acuerdo del régimen de visitas sin más debate. Y resulta esto reseñable, cuando más habida cuenta de la fecha de la sentencia (y de que esta es dictada por el Alto Tribunal)<sup>22</sup>.

Otra resolución que podría ser de nuestro interés es la *SAP de Guipúzcoa 19 abril 2021*<sup>23</sup>. En esta ocasión el procedimiento fue iniciado debido a la solicitud por parte de la madre de que se modificaran las medidas paterno-filiales vigentes hasta el momento. Para esta petición se basaba la actora en que, con motivo de las medidas penales que habían sido recientemente impuestas al padre del menor en cuestión se hacía imposible que siguieran desarrollándose tal y como hasta entonces las entregas y recogidas del hijo en común<sup>24</sup>. Y es que este, habiendo sido condenado por un delito de amenazas leves respecto de la demandante no podía “aproximarse a Justa, a su domicilio, a su lugar de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por ella con carácter habitual a una distancia inferior a 100 metros”. Por ello planteaba que las entregas y recogidas se llevaran a cabo en un Punto de Encuentro familiar<sup>25</sup>.

22 En primera instancia se estableció “un régimen de visitas de fines de semanas alternos desde la salida del colegio los viernes hasta las 20:00 horas del domingo y los martes y jueves de 19:00 horas a 20:00 horas. Las Vacaciones de Semana Santa, Navidad y Verano se disfrutarán por mitad en los términos establecidos en la demanda”; y, al ser esta sentencia confirmada, se puede concluir que es el régimen de visitas que termina estableciéndose.

23 *SAP de Guipúzcoa 19 abril 2021 (JUR 2021, 269219)*.

24 Alega asimismo que en el momento de redactarse el convenio regulador que en esos instantes regía la situación no se habían producido los hechos que ocasionaron la condena del demandado.

25 Sobre los puntos de encuentro familiar ahonda, tras un estudio jurisprudencial y desde la óptica de la psicología DE LA TORRE LASO, J.: “La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial”, *Diario LA LEY*, 2017, núm. 8993, p. 16. El autor los considera “un espacio idóneo para que se desarrolle el régimen de visitas entre los progenitores y sus hijos en un ambiente de normalidad, sin incidencias y bajo el control de dichos profesionales, con la premisa de procurar en todo caso el interés del menor”, y llega a la conclusión de que “(l)a jurisprudencia considera imprescindible la derivación de las situaciones familiares a los puntos de encuentro, sobre todo cuando se trata de proteger a las víctimas en situaciones de violencia de género, con el objeto de tener un mayor control de los

En primera instancia fueron estimadas las pretensiones de la demandante, de forma que, en tanto en cuanto siguiera vigente la orden de alejamiento, el derecho de visitas del demandado con respecto a sus hijos se desarrollaría tal y como solicitaba esta. No conforme con ello, el padre interpuso recurso de apelación, motivo del cual se dictaba la presente sentencia. Solicitaba este que se ampliaran las visitas, además de que se desestimase la demanda de su ex pareja, pudiendo llevarse a cabo las entregas y recogidas en el domicilio de esta, pero por los abuelos paternos del menor (u otros familiares) como ya venía realizándose.

La Audiencia Provincial, una vez analizados los hechos y tratando de hallar la solución que mejor velase por el interés del hijo que las partes tenían, decidió estimar el recurso y considerar que las entregas y recogidas de este se llevaran a cabo por otras personas, pero en el domicilio en el que la demandante vivía con el pequeño. De esta forma, justifica la Audiencia, no solo se cumple con la orden de alejamiento y se eluden los posibles problemas que pudieran surgir de la coincidencia de las partes en el mismo espacio, sino que, además, se evitaba que el menor tuviera que acudir al Punto de Encuentro.

Volvemos a observar en esta ocasión cómo a pesar de haber sido condenado el progenitor no custodio por haberse probado el acaecimiento de hechos constitutivos de delitos de violencia de género, no llega siquiera el juzgador, ni en primera ni en segunda instancia, así como tampoco lo solicita la demandante, a acordar la suspensión de los derechos de visita, comunicación o estancia. Por el contrario, el conflicto versa sobre la mejor forma de adaptar estos derechos a las circunstancias (por ejemplo, aunque no se ha mencionado anteriormente, se regula también cómo ha de contactar telefónicamente el padre con el hijo). En consecuencia, en este caso, aun cuando han sido probadas las amenazas proferidas por el padre a la madre<sup>26</sup>, no se considera beneficioso para el hijo que se anulen todos los lazos existentes con su padre, sino que se trata de velar por su seguridad y por la de su madre al establecer cómo ha de llevarse a cabo el régimen de visitas.

Alejándose un poco de las sentencias anteriores, pero siendo igualmente relevante para la formación de una opinión crítica sobre la nueva literalidad del

---

encuentros o las visitas, o en las situaciones de especial vulnerabilidad derivadas de una conducta agresiva, una malestar percibido, así como la presencia de alguna circunstancia en el padre que hace necesario tutelar los encuentros paterno-filiales”.

- 26 Siendo estas de especial crudeza, como se transcribe: “¿sabes lo que te digo Justa?, tienes muchos cojones Justa, te vas a arrepentir para toda tu puta vida, ¿me estás escuchando ? tú y toda tu familia para toda vuestra puta vida ,lo que me estáis haciendo con mi hijo no te lo voy a perdonar, te vas a arrepentir toda tu puta vida ,no vas a vivir tranquila, te voy a amargar la existencia, si vas a denunciarme, denúnciame ,¿me estás escuchando ?, lo que me estás haciendo con mi hijo no te lo voy a perdonar ni a ti ni a toda tu familia , aunque esté en la puta cárcel ,tengo a gente fuera para que te amarguen la vida y para que estés sola en el puto hospital y 4 días viendo a tus familiares, la has cagado hija de la gran puta”.

artículo 94 CC en lo que a la suspensión del derecho de visitas respecta, es de sumo interés, asimismo, el análisis de la *SAP de Lugo de 24 de mayo de 2021*<sup>27</sup>.

Aunque en un principio había sido acordada la custodia compartida de la menor protagonista de los hechos, en el año 2019, tras haber sido esta, presuntamente, víctima de un delito sexual por parte de la nueva pareja de su madre (hechos que la madre no creyó y consecuencia de los cuales la relación madre e hija se fracturó claramente), pasó a vivir exclusivamente con su padre, sin que esta primera se postulara en contra. Estando pendiente aún la celebración del juicio oral por los hechos antedichos, interpuso el padre una demanda de modificación de medidas. En primera instancia se acordó, entre otros extremos, que el régimen de visitas concedido a la madre sería “flexible”, es decir, a demanda de la menor. No de acuerdo con ello, la demandada interpuso recurso de apelación, dando este lugar a la sentencia que nos atañe y que terminó confirmando lo fallado en primera instancia, pues era lo que se consideraba más adecuado para la salvaguarda del interés de la menor<sup>28</sup>: solo se mantendría el contacto en tanto en cuanto la hija lo desease.

Es, cuando menos, digno de señalar que, mientras que, en los dos casos anteriores, aun habiendo sido sendos padres condenados por delitos de violencia de género, se estableció un régimen de visitas, considerándose este beneficioso para los menores afectados, en el que acaba de relatarse se entiende que sería contrario al interés de la menor en cuestión proceder de igual manera<sup>29</sup>, por lo que se deja a su arbitrio (dado que tiene 16 años) cuándo y cómo visitará a su progenitora. Aunque es cierto que las diferencias que median entre unos hechos y otros son de gran calibre, puesto que, por poner un ejemplo, en estos últimos es víctima directa de las agresiones la hija (mayor, además, en edad que los

27 *SAP de Lugo 24 mayo 2021 (JUR 2021, 237969)*.

28 En este sentido se pronuncia en el fundamento de derecho tercero, afirmando, en primer lugar, que “atendiendo en exclusiva al interés superior de la menor afectada, se mantenga el pronunciamiento de la sentencia de instancia, permitiendo, en consecuencia, que las visitas y contactos entre madre e hija se desarrollen en el tiempo, forma y lugar que libremente convengan el menor y su progenitor no custodio, en función de la evolución de la relación materno-filial”; y concluyendo, en consecuencia, que “no parece conveniente para el interés y beneficio de la menor establecer un concreto régimen de comunicaciones y estancias de dicha menor con su madre pues, además de reflejar el estrés que le causa el procedimiento judicial por abusos sexuales frente a la pareja de la madre, el comportamiento de la parte apelante ha sido determinante tanto de la asunción de la guarda y custodia en exclusiva por el padre, como del distanciamiento con la menor”.

29 Como asevera en el fundamento de derecho cuarto: “El establecimiento de un concreto régimen de visitas sería contraproducente, en primer lugar, para el desarrollo de la menor, y, en segundo lugar, para la buena relación paterno filial, en la medida en que sería percibido por la menor como una imposición de una relación que en este momento no desea, agravando una eventual actitud de rechazo hacia la figura materna, al margen de que, ante la negativa voluntaria de la menor a ir con su madre, resultaría de imposible ejecución forzosa el cumplimiento de cualquier régimen de visitas y estancias que se estableciera. En todo caso, no procediendo la suspensión del régimen de visitas respecto de la madre, a la vista de las actuaciones, tampoco procede el establecimiento de un régimen de visitas, por lo que, sin perjuicio del resultado de la causa penal frente a la pareja de la madre, las visitas y contactos entre madre e hija se desarrollarán en el tiempo, forma y lugar que libremente convengan la menor y su progenitor no custodio, en función de la evolución de la relación materno-filial, siendo en todo caso la madre la adulta”.

anteriores), y más que probablemente estas sean la causa de la divergencia entre los fallos, no deja esta resolución de suscitarnos algunas reflexiones.

Aporta, asimismo, un punto de vista digno de ser tenido en cuenta en estas páginas la *STS 31 mayo 2021*<sup>30</sup>. Protagonizaba estos hechos un matrimonio que, tras años de convivencia y dos hijas en común, decidieron poner fin a su relación y divorciarse. Como consecuencia, en primera instancia se decidió atribuir la custodia de la única de las dos que aún era menor de edad a la madre, guareciéndose para ello el juez en que el padre estaba incurso en un procedimiento por violencia de género. Por otro lado, se falló a favor del establecimiento de un régimen de visitas para el padre debiendo ser este quien, junto con la menor, acordase cómo se llevaría a cabo.

Este último, no conforme, recurrió en apelación, fallando esta vez la Audiencia a favor de la custodia compartida, por cuanto los hechos que dieron pie a dicho procedimiento acontecieron en 2018 y se consideraba que fue un hecho aislado y que no tuvo repercusión en la relación posterior entre los progenitores.

Fue en esta ocasión el Ministerio Fiscal el que recurrió en casación, postulándose a favor de que la custodia fuera atribuida en exclusiva a la madre, tal y como había sucedido en primera instancia. Sus pretensiones fueron finalmente estimadas, negándose la custodia compartida<sup>31</sup>, para lo cual se alegó que el juez de violencia de género que enjuició la causa penal halló “indicios de criminalidad con respecto a la comisión (...) del delito del artículo 153.I CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer”.

Mas no es esta decisión sobre la que hemos de debatir sino sobre la relativa al derecho de visitas. A pesar de afirmar que los hechos que fueron enjuiciados no fueron aislados, que la actitud del padre para con la madre había de ser tenida especialmente en cuenta para la decisión que sobre la guarda y custodia de la implicada se tomase y de llegar a concluir el tribunal en el fundamento de derecho tercero que “no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto

---

30 STS 31 mayo 2021 (RJ 2021, 2616).

31 Como venimos diciendo, se considera en el fundamento de derecho tercero que “procede dejar sin efecto la guardia y custodia compartida, con fundamento en la existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de las menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero o 175/2021, de 29 de marzo), toda vez que las relaciones personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de los desencuentros propios de la crisis de convivencia (sentencias 433/2016, de 27 de junio y 318/2020, de 17 de junio) generando un proceso penal abierto”.

de control y relaciones disfuncionales", se afirma que el interés de la menor no exige la suspensión del derecho de visitas<sup>32</sup> ni la ruptura de la relación paterno-filial que ello supondría.

Bien es cierto que vuelve a tener la menor, como sucedía en los hechos que dio lugar a la sentencia anterior, una edad cercana a los 18 años. Aun así, de nuevo estima el tribunal (que, en este caso, es el Tribunal Supremo) conveniente el mantenimiento de las relaciones entre el progenitor y el hijo en cuestión tras destinar gran parte de su argumentario a la constatación de una situación de violencia de género.

Finalmente, como broche a este estudio jurisprudencial, hacemos referencia a la *SAP de Madrid 21 junio 2021*<sup>33</sup>. Esta versa nuevamente sobre custodia compartida, violencia de género y régimen de visitas, siendo, en consecuencia, muy similar a las antes debatidas, así como lo es su fallo. Muy resumidamente, por cuanto ya se ha hecho referencia en múltiples ocasiones a hechos parejos a lo largo de estas páginas, hemos de decir que la presente resuelve los recursos planteados frente a una sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en la que se estableció que la custodia del hijo que los actores tenían en común se atribuiría a la madre, aunque el padre gozaría de un régimen de visitas considerablemente amplio (todo ello con motivo de los hechos que habían llevado a la apertura del procedimiento en el que estas medidas se dictan<sup>34</sup>).

Como puede deducirse de lo afirmado, ambos progenitores interpusieron recurso de apelación, uno pretendiendo que se le concediera a él la custodia, se decretara la custodia compartida entre ambos o, en su defecto, se ampliara el régimen de visitas (alegando que los hechos que se le imputan son falsos y que la madre padece importantes problemas de salud mental); y la otra postulándose en contra de lo acordado en cuanto a las visitas dados los "indicios suficientes de un delito de maltrato en el ámbito familiar".

La Audiencia, habiendo sopesado todo lo argumentado por las partes en sendos recursos, no encontró, en primer lugar, suficientemente fundada la incapacidad de la madre para ostentar la custodia exclusiva del menor en "sus antecedentes psíquicos", concluyendo, además, que "(n)o aparece dados los términos de la valoración pericial motivo que aconseje distinta modulación (...) del régimen

32 Y, de hecho, se asevera en el fundamento de derecho tercero que "Ello no significa fractura de los vínculos afectivos y de relación con el padre, lo que conforma el interés y beneficio de la menor, sino que las circunstancias concurrentes determinan que dicho interés se concilie más adecuadamente con la atribución a la madre de la custodia sobre la hija, sin perjuicio del derecho de visitas del padre con respecto al cual no existen indicios de violencia doméstica sobre la menor".

33 *SAP de Madrid 21 junio 2021 (JUR 2021, 298481)*.

34 Aun así, aclaramos que ese no era el único procedimiento pendiente por hechos de la misma índole o naturaleza entre los actores.

de visitas, cuyas entregas y recogidas son supervisadas". Es por ello por lo que termina fallando, en lo que a este estudio concierne, a favor del mantenimiento del régimen de visitas que en un principio se estableció, el cual conllevaba la pernoctación del menor con el padre<sup>35</sup>, aun habiéndose considerado probados los indicios de violencia de género y teniéndose noticias de la incoación de cuantiosos procedimientos penales de dicha índole.

A este punto no han sido pocos los pronunciamientos estudiados sobre el asunto sobre el que giran estas páginas y, sin haber sido seleccionados con esa intención, resulta que predomina, por mucho, la no suspensión de los derechos de visitas, comunicación y estancia con respecto del progenitor no custodio.

Hechos distintos con protagonistas distintos han desembocado en fallos ligeramente parecidos, todos ellos justificándose en el interés superior del menor. Nótese que en cada caso trataba el tribunal en cuestión de adaptar el régimen de visita, comunicación y estancia a las circunstancias, buscando así fomentar la seguridad de los pequeños y del progenitor custodio (por norma general, la madre víctima de delitos de violencia de género) pero salvaguardando a su vez la relación paterno-filial. Así, como se ha comentado al hilo de algunas resoluciones, se hace uso, por ejemplo, de los puntos de encuentro familiares.

Aflora con más fuerza tras lo relatado, a nuestro parecer, la duda que al comienzo planteábamos sobre la idoneidad de lo ahora dispuesto en el artículo 94 CC, puesto que, si antes de la reforma los tribunales generalmente consideraban, ante hechos concretos, que el interés del menor era afín al mantenimiento de las visitas (como decimos, con ciertas adaptaciones o limitaciones), es, al menos a este punto y a la luz de lo consultado, cuestionable que el establecimiento de esto como excepción a la norma general sea en su aplicación práctica beneficioso a este mismo interés<sup>36</sup>.

---

35 Como se puede leer en los antecedentes de hecho de la propia resolución (ya que en cuanto a las visitas la audiencia se remite a lo acordado en primera instancia): "Establezco un régimen de visitas a favor del padre, don Anton consistente en lo siguiente:

- Fines de semana alternos desde el sábado a las 10.00 horas hasta el domingo a las 20.00 horas.
- La mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano. En caso de discrepancia entre los progenitores sobre los periodos vacacionales corresponderá elegir a la madre los años impares y al padre los años pares.
- Las entregas y recogidas del menor se llevarán a cabo a través de un punto de encuentro familiar, más cercano a su domicilio".

36 A este respecto cabe destacar la opinión de LUTFI ROYO, M.: "La repercusión de la custodia compartida en supuestos de violencia de género: el interés superior del menor", en AA.VV., *Igualdad de género en Europa y América Latina: Educación superior, violencias y políticas de integración regional* (coord. por I. PASTOR), Publicacions URV, Tarragona, 2019, p. 163-164, quien defiende que "(e)l interés superior del menor se define como garantía del régimen de comunicación y estancia, en cuanto que la calidad afectiva de la relación del hijo con el padre excluido de la custodia depende de la regularidad de sus encuentros". De hecho, concluye que "no deben responder a un esquema estereotipado, sino a una adaptación de las circunstancias específicas de los progenitores y de los hijos. Por consecuencia, a todos los efectos de los delitos de violencia de género, se mantiene el régimen de visitas y comunicaciones con el progenitor agresor, sin entrar a valorar la suspensión de los mismos, medida que se prevé como excepcional que solo podrá fundamentarse en el interés superior del menor". Como podemos fácilmente deducir, la autora

### 3. La limitación y suspensión de los derechos de visita, comunicación y estancia tras la reforma.

Pueden atisbarse al hilo de lo hasta ahora discutido algunas conclusiones que darían respuesta a las preguntas que se formulaban inicialmente, mas una conclusión fundada al respecto requiere, necesariamente, de un análisis en mayor profundidad de la reforma efectuada por la Ley 8/2021, siendo esto lo que nos impulsa, a continuación, a ahondar en los motivos que se esconden tras la nueva literalidad del precepto, en sus beneficios y en sus posibles inconvenientes. A raíz de todo ello podremos, ya sí, elaborar una valoración final de la modificación.

#### A) *Antecedentes de la reforma.*

Tomando en consideración lo acordado en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica del año 2011 (más conocido como Convenio de Estambul)<sup>37</sup>, se emprendió la confección del que terminaría siendo el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017<sup>38</sup>. De entre los diez ejes de actuación que contenía, el cuarto de ellos afirmaba que se velaría por “(l)a intensificación de la asistencia y protección de menores. La protección específica de los y las menores parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los casos de orfandad como consecuencia de la violencia de género; de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores; y de fomentar las actuaciones de refuerzo en el ámbito educativo”.

A pesar del carácter genérico de este, se trata, en realidad, del motivo que se halla detrás de que se hayan ejecutado los cambios que venimos comentando, siendo esto apreciado con claridad si se acude al “Informe de la subcomisión creada en el seno de la comisión de igualdad para un pacto de estado en materia de violencia de género”. En este se desglosan cada una de las propuestas de actuación relativas a dichos ejes, a tenor de las cuales no cabe duda alguna de que se trate de la semilla cuyo fruto ha sido esta modificación.

---

se postula en contra de este automatismo en cuanto a la supresión de los derechos en cuestión para los progenitores incurso o relacionados con delitos de violencia de género, debiendo ponerse el acento en el interés del menor y decidir en consecuencia.

37 Concretamente, en relación a lo estudiado en estas páginas nos interesa subrayar su artículo 31, que reza así: “1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. 2 Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.”

38 Este fue aprobado en septiembre del año 2017 en el Congreso de los Diputados por unanimidad y tiene un periodo de vigencia de cinco años.

En lo relativo al derecho de visita, piedra angular de estas líneas, son dos las propuestas que más interesan. La número 145 tiene por objetivo “establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para Impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004”; mientras que la siguiente busca “prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género”. Queda claro, pues, que estas han inspirado el nuevo artículo 94 CC.

#### B) *Análisis jurisprudencial.*

El lapso de tiempo que media entre la entrada de vigor de este texto normativo y el momento de estar redactándose estas páginas permite que existan ya algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. No es poco el interés que los mismos suscitan, y es que son ellos los que pueden afirmar o desmentir que un cambio lingüístico se ha traducido en un cambio real, tangible, o si, por el contrario, no han sido tales las consecuencias prácticas de la reforma a la que venimos haciendo referencia.

Algunas son las sentencias que en este sentido examinamos, proviniendo la primera de ellas de nuestro Alto Tribunal. La *STS 27 octubre 2021*<sup>39</sup> trata de discernir sobre el sistema de guarda y custodia que más interesaría a los hijos menores de los litigantes tras haberse atribuido en 2018 esta a la madre (negando el juez la posibilidad de una guarda y custodia compartida dado “el extremo antagonismo” entre los progenitores, como califica a su relación), pero habiendo fallado en sentido contrario a la Audiencia con motivo del recurso de apelación que el padre interpuso. Esta última resolución no complació a la madre de los pequeños, que presentó recurso de amparo alegando no haberse tenido en cuenta las condenas preexistentes contra el otro progenitor por violencia de género.

El tribunal, que justificó la actuación de su predecesor pues no habían sido estas aportadas como prueba hasta el presente momento, consideró que, en vista de los hechos probados en la sentencia condenatoria era contrario al interés de los menores que se vieses abocados a ser testigos de las interacciones que el “coparenting” requiere inevitablemente (y que en sus progenitores desembocaría en disputas continuas)<sup>40</sup>.

39 *STS 27 octubre 2021 (RJ 2021, 4972)*.

40 Así se refleja en el fundamento de derecho séptimo: “En el presente caso no es conveniente adoptar el sistema de custodia compartida pues, de los hechos probados en la sentencia penal, queda acreditado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella, por lo que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, y es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua”.

Mas todos estos hechos no fueron, a los ojos del juzgador, fundamento suficiente para eliminar todo contacto entre el padre y los hijos, por lo que, lejos de suspender los derechos de visitas, comunicación y estancia, estableció un régimen que los ordenara y rigiera, todo ello a la luz de los informes psicológicos que en primera instancia se aportaron y que afirmaban que el mantenimiento de esta relación sería ventajoso para los menores<sup>41</sup>.

Esta, que es, hasta el momento, la única resolución del Tribunal Supremo que, tras la entrada en vigor el día 3 de septiembre del pasado año de la Ley 8/2021 se ha pronunciado acerca de los derechos de visitas, comunicación y estancia a este respecto, se ha decantado por excepcionar la norma general y, a pesar de haberse probado que el padre de los menores protagonizó hechos constitutivos de delitos de violencia de género se apostó por el mantenimiento de estos derechos y, en consecuencia, de los lazos paterno-filiales.

Aunque, como decimos, no se han producido aún más pronunciamientos de este tipo por parte del antedicho tribunal, podemos acudir en busca de respuestas a otras instancias. A este respecto destacamos la *SAP de Santander 22 noviembre 2021*<sup>42</sup>. En esta ocasión se inició el procedimiento por medio de una demanda de modificación de medidas por medio de la cual la actora (madre del menor sobre el que versan los hechos) procuraba evitar que el régimen de visitas implicase que su hijo (de nueve años) pernoctase con su otro progenitor (como sí figuraba en el que por aquel momento estaba vigente). En primera instancia, sin embargo, se falló a favor de las pretensiones contenidas en la reconvencción a la demanda presentada por el padre del pequeño, acordándose la guarda y custodia compartida (aunque también cedió el juez a lo solicitado por la madre y acordó que, durante los cuatro meses previos a la instauración de esta medida, las visitas del padre no incluíran horario nocturno). Ante dicha decisión presentó recurso de apelación esta última (dando lugar a la sentencia que aquí se analiza) requiriendo, en lo que nos concierne, la suspensión del derecho de visitas del padre con respecto a su hijo. Es curioso, cuando menos, a la luz de las novedades legislativas que comentamos que el Ministerio Fiscal, en esta ocasión, se opone al recurso interpuesto por la actora y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia.

Una simple lectura de los hechos probados en los que se sustenta esta resolución prueba las pésimas relaciones entre los actores, con un sinfín de pleitos

41 Esto es mantenido, asimismo, por el fundamento de derecho séptimo: "También se confirma, como se solicita, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 94.4 CC último inciso, el régimen de estancias y visitas del padre fijadas en la sentencia de primera instancia, que consideró adecuado el propuesto por el informe psicosocial, y que se mantiene por entender que es positivo para los hijos que no se vean privados de la relación y contacto con su padre, al no advertir en los hechos probados en las sentencias condenatorias riesgo para su integridad y haber sucedido, como ya hemos dicho, hace tiempo y no constar nuevas condenas ni denuncias".

42 *SAP de Santander 22 noviembre 2021 (JUR 2021, 381019)*.

por incumplimiento de régimen de visitas (denuncias del padre hacia la madre) o delitos de violencia de género (denuncias de la madre hacia el padre). Empero, por otra parte, también destaca sobremanera que en diversas ocasiones el pequeño tuvo que acudir a urgencias por diferentes dolencias o contusiones (todo ello combinado con cuadros de ansiedad). Estos sucesos resultaron en varias denuncias de la madre hacia el padre por presuntamente maltratar a este durante los periodos de visita. Ninguna de las denuncias que han sido mencionadas ha conllevado, aún, condena firme.

Tras un examen exhaustivo de todos los extremos concernientes a las situaciones arriba detalladas, falla el tribunal en contra de que la custodia compartida se mantenga, atribuyéndole la guarda y custodia a la madre, pero niega que ello deba implicar la extinción del vínculo entre padre e hijo, tal y como se solicitaba en el recurso y prevé el nuevo artículo 94.4 CC. Si, teniendo el pequeño nueve años, cesa su relación con su progenitor se estará iniciando un camino sin retorno que finalizará en la pérdida de cualquier conexión entre ambos, se argumenta<sup>43</sup>. Tomando en consideración lo antedicho y lo afirmado por los informes psicológicos<sup>44</sup> se concluye que la solución buscada por la actora no sería favorable al interés del menor. Así, se decide mantener el derecho de visita respecto del padre, pero modulado y bajo una serie de requisitos<sup>45</sup> para velar por que ello se lleve a cabo de la mejor manera posible dadas las circunstancias.

43 Así lo afirma en el fundamento de derecho sexto: “Tomando en consideración los hechos o circunstancias que se han destacado y que resultan de la prueba practicada, el tribunal no considera que la suspensión completa de toda comunicación entre el padre y el hijo, que a buen seguro haría ya imposible en un futuro la restauración del vínculo ya suficientemente dañado, deba ser el criterio rector de actuación en la actualidad tomando en exclusiva consideración su propio interés (art. 39 CE y art. 92 CC). La regla general de reciente incorporación legal debe ceder en favor de su excepción, fundada en el interés superior del menor”.

44 También es reseñable lo previsto en el fundamento de derecho sexto al respecto: “Aunque el dictamen psico-social haya omitido una opinión final, no podemos obviar que los informes de los técnicos del ICASS que ha seguido la evolución de la familia antes y después del inicio de la actuación protectora, deben ser preferidos para formar la convicción judicial -a falta, como decimos, de una opinión concreta del equipo psicosocial- frente a quien, como el psicólogo forense, tuvo una única y concreta intervención con el menor. Y estos informes claramente vinculan la ansiedad que el menor padece -y, también, el rechazo que frente a terceros muestras de la figura paterna- a la existencia de un conflicto de lealtades con incidencia especial en la instrumentalización que sufre de su madre y de la familia materna. Y ello invita a pensar que la ruptura interesada por la recurrente ni tiene un suficiente apoyo pericial de quienes han conocido con intensidad y extensión la situación familiar, ni puede contribuir por su radical incidencia en el interés o beneficio del menor; cuando, como ocurre, el juez penal no ha accedido hasta el momento a suspender la comunicación y estancia”.

45 Conclusión del tribunal que refleja en el fundamento de derecho sexto: “La comunicación padre-hijo, por tanto, debe conservarse, si bien modulada por las circunstancias concurrentes bajo los siguientes criterios: De un lado, el sometimiento de los progenitores a las exigencias de la intervención protectora del ICASS a través de sus profesionales que permita someter a los padres y al menor a su evaluación, intervención y seguimiento continuo para encauzar y normalizar sus recíprocas relaciones en interés o beneficio del menor, sin perjuicio de que su resultado pueda ser objeto de control y seguimiento por el juzgado que conozca de la ejecución de la sentencia; Del otro, por el cumplimiento de tres pautas: un régimen progresivo de contacto y estancia, la utilización del punto de encuentro familiar y la emisión de informes al juzgado de la ejecución (art. 91 CC) para que autorice la progresión en la comunicación, según la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución”.

Se repite en esta ocasión, como ha podido apreciarse, lo comentado respecto de la sentencia del Tribunal Supremo. La entrada en vigor de la ley 8/2021 parece no haber tenido el eco esperado en la práctica de los tribunales, pues ya en estas dos sentencias se ha estimado pernicioso para el interés de los menores en cuestión lo que en esta se marcaba como el camino a seguir. En este mismo sentido se pronuncia la *SAP de Asturias 20 julio 2022*<sup>46</sup>, entre otras.

Sin embargo, lo que mejor escenifica, sin duda, lo controversial de este asunto es que haya protagonizado la reciente *STC 13 septiembre 2022*<sup>47</sup>. El grupo parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, puso en duda la constitucionalidad del cuarto de los párrafos de este precepto (así como del segundo del artículo 156 CC) por medio de un recurso de inconstitucionalidad que, adelantamos, ha acabado siendo desestimado por unanimidad. Aclara el tribunal que a pesar de lo que puede leerse en el mentado apartado del artículo 94, una lectura conjunta de este precepto deja constancia de que la decisión está, en todo caso, en manos de quien enjuicia el caso concreto. No existe, por tanto, automatismo alguno en la aplicación de lo descrito por este artículo, debiendo negarse su inconstitucionalidad.

### C) *Consecuencias: pros y contras.*

Casi la totalidad de las sentencias anteriormente referidas concluyen que el mantenimiento de la relación paterno-filial es lo más beneficioso para los menores (conclusiones basadas, en su mayoría, en informes periciales que así lo acreditan). Por ello puede que la modificación acometida extraña a quien la analiza con cierta profundidad desde la óptica de las últimas tendencias jurisprudenciales.

Según lo que venimos diciendo, el fondo del asunto se encuentra en discernir si el contacto del menor con su progenitor incurso en un procedimiento por violencia de género (o existiendo indicios de que este pudiera estar presenciando hechos de esta naturaleza) es o no contrario a su interés. Para esto, es más que patente que los argumentos jurídicos son insuficientes y deben apoyarse en otras ciencias capaces de aportar una visión fidedigna sobre los potenciales efectos perniciosos o beneficiosos en los que pudiera desembocar esta situación.

A este respecto, hay estudios psicológicos que apoyan los fundamentos en los que se basa este cambio de paradigma. Por una parte, algunos<sup>48</sup> concluyen que si el menor prosigue debiendo legalmente visitar a quien vio maltratar a su madre,

46 *SAP de Asturias 20 julio 2022 (JUR 2022, 310724).*

47 *STC 13 septiembre 2022 (JUR 2022, 311534).*

48 En concreto PÉREZ - CABALLERO MOLINA, M. T.; PÉREZ JIMÉNEZ, F.; DÍAZ ROSADO, M. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, N.: "Investigación cuantitativa sobre como afecta el régimen de visitas a menores víctimas de violencia de género", en AA.VV., *Aportaciones a la investigación sobre mujeres y género: V Congreso Universitario Internacional "Investigación y Género": Sevilla, 3 y 4 de julio de 2014* (coord. por R. CASADO MEJÍA, C. FLECHA GARCÍA, A. GUIL BOZAL, M. T. PADILLA-CARMONA, I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ, M. R. MARTÍNEZ TORRES), SIEMUS, Sevilla, 2015, p. 1203.

ejercer violencia ya sea física o psicológica, ello no solo tendrá un claro perjuicio en su bienestar (tanto mental como físico), sino que, además, puede sentar en los pequeños un precedente que les impulse de mayores a imitar lo que tantas veces han atestiguado<sup>49</sup>.

Decíamos al comienzo que la sociedad trata por todos los medios de los que puede hacer uso de erradicar la violencia machista y el machismo que ha imperado desde tiempos inmemoriales. Por lo tanto, si en efecto, ante indicios que pudieran hacer pensar que un menor está presenciando hechos constitutivos de delitos de violencia sobre la mujer, una pronta actuación por la que fuese apartado este hijo de su padre, quizá no solo evitaría tragedias humanas presentes, sino también futuras.

Además, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que los padres usen a sus hijos como arma contra sus ex parejas<sup>50</sup>, sabedores de que el dolor que a estas les causa lo sufrido por sus hijos les afecta más incluso que el originado por lo que pudiera sucederles a ellas. No son pocos los casos que se pueden ver en prensa a este respecto, habiendo sido muy sonados, para desgracia de todos, en los últimos tiempos algunos casos de violencia vicaria<sup>51</sup>.

No obstante, no son estos aspectos los únicos que debieran haber informado el nuevo artículo 94 CC, pues son otras muchas aristas a las que el legislador debería haber atendido. Y es que a tenor de lo afirmado no cabe duda de que era necesaria una nueva regulación, abordar esta situación desde otro punto de vista, pero la norma que ha resultado, adelantamos, no es del todo de nuestro agrado.

Por un lado, hemos de tener presente que en todo momento se habla de menores, de personas que no han llegado a cumplir los 18 años de edad<sup>52</sup> y para los que, a consecuencia de la ley de la relatividad, los años cuentan mucho más. De esta forma, si iniciado un procedimiento por violencia sobre la mujer cuando el pequeño tiene tres años, se suspende el derecho de visita, comunicación y estancia hasta que se resuelva, decidiendo finalmente cuando este ha cumplido cinco que

49 No puede pasarse por alto a este respecto el ejemplo claro que fue el hijo de Ana Orantes. Tras años de malos tratos, se decidió a contar su vivencia en un programa de televisión, días tras lo cual su marido acabó con su vida. Años después del suceso uno de sus hijos fue acusado de cometer un delito de violencia sobre la mujer. ¿Podría haberse evitado de haberse cortado la relación entre padre e hijo a una edad temprana?

50 Asevera esto mismo, así como desgrana los efectos psicológicos de esta conducta sobre los menores LIZANA ZAMUDIO, R.: "Problemas Psicológicos en Niños y Niñas Víctimas de la Violencia de Género en la Pareja", *Repositorio: Tesis Doctorals en Xarxa*, 2014 (disponible en <http://hdl.handle.net/10803/285393>; última consulta 13/10/2022), p. 95.

51 Son ejemplos claros de ello casos muy sonados como el de las hermanas que presuntamente fueron lanzadas al mar por su padre en Tenerife o el de los niños de Córdoba cuya vida acabó también a manos de su padre hace años. Ambos sucesos acontecieron durante el régimen de visitas.

52 Aunque, a nuestro parecer, cobran especial importancia aquellos en los que los hijos son incluso más pequeños, ya que, en caso de tener casi la mayoría de edad, puede optarse, como hemos aludido anteriormente, por un régimen de visitas flexible a petición del hijo en cuestión.

no hay riesgo para él si se retoman las relaciones con su padre y que los hechos acontecidos fueron aislados o la causa fue sobreseída, este, probablemente, ni reconozca a su figura paterna. Para él durante casi media vida habrá desaparecido este de la faz de la Tierra, de tal forma que, como se comentaba al hilo de la SAP de Santander 22 noviembre 2021, no habrá vuelta atrás y esa relación no podrá volver a ser lo que fue.

Y, por otro lado, parece haber eludido por completo el legislador en este caso la presunción de inocencia, ya que exige la toma de medidas drásticas basándose en la incoación de un procedimiento o unos indicios, sin que se haya tomado ninguna decisión penal aún<sup>53</sup>.

#### D) Valoración personal.

En pocas palabras, podría decirse que la reforma que hemos tratado de desgranar en esta investigación busca ser una herramienta jurídica en la lucha contra la violencia de género y la violencia vicaria. La lógica es sencilla: si el progenitor no puede ver a sus hijos o a su ex pareja (con la que tendría que mantener el contacto con motivo del cumplimiento del régimen de visitas) no podrá causarles ningún daño. Si, además, se tienen en cuenta los beneficios que en el apartado anterior mencionábamos, pareciera esta una modificación digna de ser aplaudida. No obstante, consideramos que en esta ocasión el legislador se ha visto cegado por el fin y ha descuidado los medios sin que, por muy loable que sea el primero, estén justificados los segundos.

Y es que, aunque nos postulamos a favor de que se acreciente la protección de los menores en ambientes de violencia de género, creemos que la manera en la que se han dispuesto los presupuestos para la suspensión y extinción de los derechos de visita, comunicación y estancia no será capaz de lograr este objetivo, así como podría, interpretado de forma estricta, llegar a atentar contra el interés superior del menor (además, claro está, de ir contra la presunción de inocencia).

---

53 Mantiene esta misma postura ORTEGA CALDERÓN, J. L.: “La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio”, *Diario LA LEY*, 2021, núm. 9892, p. 12. Comienza afirmando, respecto de la suspensión de estos derechos con la incoación de un procedimiento penal en materia de violencia de género que “la regla que nos ocupa implica además un difícil equilibrio entre el proceso penal y el proceso civil. Ciertamente que el compromiso al que se somete la presunción de inocencia que asiste en todo caso al progenitor no custodio en el proceso penal primero y su censura después en el seno de un proceso civil, con tan notables consecuencias, debe generar como mínimo una cierta desazón”; siendo su opinión más contundente al respecto del segundo de los casos: “Pero si el compromiso o, si se quiere, el riesgo, para el derecho de defensa y la presunción de inocencia es relevante, la segunda regla, de igual forma imperativa, genera una indudable zozobra interpretativa: bastará que en un proceso civil, con las especialidades propias del mismo en orden a la práctica y valoración de la prueba frente al proceso penal, lugar idóneo para sustanciar las pretensiones de tal naturaleza, resulten indicios fundados de violencia doméstica o de género, para que la decisión de suspensión se acuerde por el Juez Civil. Ni tan siquiera se refiere el legislador a hechos constitutivos de infracción penal en dicho ámbito, sino meramente una situación de violencia con tales atributos, aunque es evidente que no es imaginable violencia en tal ámbito que no sea penalmente relevante”.

Por un lado, no podemos olvidar que realmente la solución a la situación que ha impulsado esta modificación no está exclusivamente en manos de los tribunales o de la justicia, sino, más bien, de la educación y la sociedad, pues hasta que las personas que la componen no comprendan que la violencia no es la salida (siendo esto una utopía) no se podrán frenar estos delitos: el Derecho solo puede ponerles trabas. Por lo tanto, es irreal, en nuestra opinión, pensar en el cese del derecho de visitas generalizado como la panacea en esta lucha. Habrá situaciones en las que claramente sea necesario y sea lo que efectivamente obre en virtud del interés del pequeño en cuestión, evitando así que este termine siendo una víctima más de esta lacra. Sin embargo, como hemos podido apreciar en algunas de las sentencias referidas, no siempre será así. Esto lo determinarán las circunstancias concretas del caso, circunstancias que tendrá que valorar el juzgador, tal y como se venía haciendo. El establecimiento de un procedimiento más elaborado que permita a este la obtención de una visión fidedigna de la realidad, la dotación económica necesaria para que ello pueda llevarse a cabo de manera eficaz y ágil o el reforzamiento de los Puntos de Encuentro Familiares y creación de espacios para que las relaciones entre padres e hijos sea segura consideramos que sería de mayor utilidad.

Y, por otra parte, la nueva redacción del artículo 94 CC implica la reducción del mantenimiento de las relaciones paterno-filiales en estas circunstancias a una excepción, es decir, tiene por objeto que en su gran e inmensa mayoría esta desaparezca sin tenerse en cuenta los perjuicios que ello causaría a un niño que es obligado de manera precipitada a ver erosionado su vínculo con uno de sus progenitores (vínculo, quizá, irrecuperable).

#### **IV. CONCLUSIONES.**

A lo largo de estas páginas hemos tratado de dar respuesta a las dudas que al comienzo planteábamos: si las corrientes jurisprudenciales hasta el momento se alineaban con lo ahora establecido por ley y si, en cualquier caso, ha sido o no acertada esta reforma. Es en estos instantes, con todo lo analizado, cuando podemos realmente manifestar qué opinión nos suscita.

Los asuntos de esta naturaleza son incuestionablemente delicados e intrincados, existiendo muchos intereses que requieren protección (por ejemplo, la madre víctima de violencia de género o el hijo que esta y su victimario han tenido en común), debiéndose ser especialmente cauteloso en su regulación. A nuestro parecer, este no ha sido el caso del legislador actual, que, haciendo uso de una ley cuya finalidad era diferente, acometió, de manera colateral (como si simplemente fuese alcanzado por su onda expansiva), una reforma con la que cumplía los propósitos que desde 2017 llevaban esperando su momento. Cuatro

años ha tardado este en dar respuesta a las exigencias que en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género se habían volcado para proceder a ello de forma precipitada y al amparo de una ley que no le correspondía.

Mas el mayor de los errores que hemos percibido ha sido su falta de concreción. El precepto se configura de tal forma que se facilita la suspensión de los derechos de visita, comunicación y estancia con apreciarse simples indicios de violencia de género (que no una condena o una decisión en firme por parte de un órgano penal), permitiéndose en casos sumamente excepcionales (aunque tras las sentencias analizadas podríamos atrevernos a poner esto en entredicho) su mantenimiento. No obstante, no se prevén opciones intermedias, no se considera la posibilidad de que cada caso requiera de una solución "ad hoc" que module entre ambos extremos, que no sea blanco o negro, sino una de las muchas opciones dentro de la escala de grises.

Aun así, la situación anterior a la reforma tampoco la consideramos adecuada, pues es cierto que dejaba desprotegidos a muchos menores que terminaban sufriendo a consecuencia de estas decisiones. Por ende, ponemos fin a este trabajo requiriendo una medida legislativa que verdaderamente vele por los intereses de los menores de forma efectiva, que prevea opciones, que module las relaciones paterno-filiales incursas en procedimientos de violencia de género de tal forma que no se produzcan altercados, pero tampoco se socaven de forma definitiva los lazos que unen a padres y a hijos.

## BIBLIOGRAFÍA

Asociación Española de Abogados de Familia, *Conclusiones de los IV Encuentros de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia y las VI Jornadas nacionales de magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales, celebradas en Valencia del 26 al 28 de octubre de 2009*, 2009 (Disponible en <http://ayudaafamiliasseparadas.es/archivo/archivo/IV%20ENCUENTRO%20MAGISTRADOS.pdf>; última consulta 10/10/2022)

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Alteración del régimen de visitas de los progenitores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, núm. 712, pp. 925-930.

DE LA TORRE LASO, J.: "La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial", *Diario LA LEY*, 2017, núm. 8993.

LIZANA ZAMUDIO, R.: "Problemas Psicológicos en Niños y Niñas Víctimas de la Violencia de Género en la Pareja", *Repositorio: Tesis Doctorals en Xarxa*, 2014 (disponible en <http://hdl.handle.net/10803/285393>; última consulta 13/10/2022).

LUTFI ROYO, M.: "La repercusión de la custodia compartida en supuestos de violencia de género: el interés superior del menor", en AA.VV., *Igualdad de género en Europa y América Latina: Educación superior, violencias y políticas de integración regional* (coord. por I. PASTOR), Publicacions URV, Tarragona, 2019, pp. 143-172.

ORTEGA CALDERÓN, J. L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio", *Diario LA LEY*, 2021, núm. 9892.

PÉREZ - CABALLERO MOLINA, M. T.; PÉREZ JIMÉNEZ, F.; DÍAZ ROSADO, M. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, N.: "Investigación cuantitativa sobre como afecta el régimen de visitas a menores víctimas de violencia de género", en AA.VV., *Aportaciones a la investigación sobre mujeres y género: V Congreso Universitario Internacional "Investigación y Género": Sevilla, 3 y 4 de julio de 2014* (coord. por R. CASADO MEJÍA, C. FLECHA GARCÍA, A. GUIL BOZAL, M. T. PADILLA-CARMONA, I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ, M. R. MARTÍNEZ TORRES), SIEMUS, Sevilla, 2015, pp. 1186-1206.

REYES CANO, P.: "Menores y violencia de género: nuevos paradigmas", *DIGIBUG: Repositorio Institucional de la Universidad de Granada*, 2018 (disponible en <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/54414/87798.pdf>; última consulta 13/10/2022).

SILLERO CROVETTO, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, núm. 6, pp. 11-40.

VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género”, en A.A.VV., *Actas del III congreso universitario nacional “Investigación y género”* (coord. por I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ), CS9 Producciones S.L.N.E., Sevilla, 2011, pp. 2040-2057.