

1.2. Derecho de Familia

El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias.

En especial, en los casos de violencia de género y violencia vicaria

*The legal regime of the right of visits,
communication and stays.*

*Especially, in cases of gender-based violence
and vicarious violence*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: La crisis matrimonial o de pareja determina entre otras medidas que la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores o bien se priva a uno de ellos de la misma, si concurre causa legal para ello. Asimismo, el ejercicio de la guarda y custodia puede corresponder a ambos progenitores —guarda y custodia compartida, o a uno solo— guarda y custodia exclusiva. En ambos supuestos, al progenitor no custodio le corresponde un derecho de visitas, comunicación y estancia con sus hijos menores de edad o mayores de edad discapacitados, al igual que se puede acordar un derecho de visitas a favor de los abuelos, parientes y allegados, subordinado en su alcance, en todo caso, al de los progenitores. El presente estudio se va a centrar en el régimen de derecho de visitas, comunicación y estancia de los progenitores y las consecuencias que se derivan respecto a su existencia, suspensión, supresión o, su no establecimiento, ante situaciones de conflictividad entre aquellos, violencia de género, violencia doméstica y violencia vicaria.

SUMMARY: *The marital or couple crisis determines, among other measures, that the ownership of parental authority corresponds to both parents or one of them is deprived of it, if there is a legal cause for it. Likewise, the exercise of guardianship and custody may correspond to both parents —guardianship and joint custody, or to only one— guardianship and exclusive custody. In both cases, the non-custodial parent has a right to visit, communicate and stay with their minor children or disabled adults, as well as a right to visit in favor of grandparents, relatives and relatives, subordinate in scope, in any case, to that of the parents. The present study is going to focus on the regime of visitation rights, communication and stay of the parents and the consequences that derive from their existence, suspension, suppression or, their non-establishment, in situations of conflict between them, violence of gender, domestic violence and vicarious violence.*

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia. Derecho de visitas. Comunicación y estancia. Hijos menores de edad. Hijos mayores de edad discapacitados. Conflictividad. Violencia de género. Violencia doméstica. Violencia vicaria. Privación de la patria potestad.

KEY WORDS: *Guardianship and custody. Visitation rights. Communication and stay. Minor children. Disabled adult children. Conflict. Gender violence. Domestic violence. Vicarious violence. Deprivation of parental authority.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA PATRIA POTESTAD.—III. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL Y DE PAREJA.—IV. DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO Y OTROS PARIENTES: 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO, ABUELOS, OTROS PARIENTES Y ALLEGADOS. 2. TITULAR ACTIVO Y CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO. 3. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO ANTE SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO, VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA VICARIA: A) *Planteamiento de recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 apartado 4 del Código Civil. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, sección Pleno, de 13 de septiembre de 2022.* B) *Constitucionalidad o no del artículo 92.7 del Código Civil y del artículo 80.6 del Código Civil foral de Aragón.* C) *Derecho de visita, comunicación y estancia, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y derechos de defensa. Su compatibilidad.* D) *Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con el artículo 92.7 del Código Civil.* 4. LA ORDEN DE PROTECCIÓN Y ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL: MEDIDAS PENALES Y CIVILES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que, determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social¹. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del título VII «De las relaciones paterno-filiales», del libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171)².

Asimismo, la patria potestad actúa, por un lado, como derecho inherente a la paternidad y maternidad y tiene un indudable carácter de tutela que la configura como institución a favor de los hijos³; y, por otro, se ejerce, por regla general, de

forma conjunta por ambos progenitores —patria potestad dual—, y forma parte de la misma un conjunto de deberes y derechos, entre los que se incluyen el de guarda y custodia de los hijos menores de edad.

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general, el ejercicio de la misma corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154, párrafo primero CC). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que, estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor⁴. Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad; y, se debe mantener y respetar cuando tiene lugar la crisis matrimonial⁵. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que esta corresponde en primer lugar a los padres⁶.

Como ha precisado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002⁷ la patria potestad se configura como «una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitarles el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo»⁸.

Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. En los casos de ruptura de la convivencia, la patria potestad la continúan ejerciendo ambos progenitores; si bien, ha de consensuar todas aquellas decisiones que, afecten al desarrollo de la vida de los hijos menores.

Ahora bien, en caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar estos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (art. 172 CC). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de la posterior declaración de desamparo que, comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él.

En este contexto, el artículo 156 del Código Civil establece que, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En consecuencia, serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

Si existe desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno

de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

Por su parte, en defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

En fin, si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio.

A esto se añade en el apartado 2 del citado precepto una importante reforma en la cuestión relativa al ejercicio de la patria potestad en casos de violencia de género. Así dispone: *«Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de diecisésis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos»*. Por tanto, ante una sentencia condenatoria y no se haya extinguido la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento de violencia de género o doméstica se puede prestar asistencia psicológica y terapéutica a los hijos/as menores de edad, sin necesidad de consentimiento del cónyuge maltratador, que ya no se puede amparar en que se trata de una medida que afecta a la titularidad de la patria potestad y se debe contar con su consentimiento. Ahora bien, de no existir denuncia previa, si la mujer esté recibiendo atención por un servicio especializado de violencia de género, se podrá optar también por la medida expuesta. En cualquier caso, si se trata de hijos/as mayores de diecisésis años, se precisará su consentimiento para la prestación de la correspondiente atención o asistencia terapéutica.

En este contexto, en el divorcio con violencia de género debemos, asimismo, referirnos a la posibilidad de la adopción de la medida civil de privación de la patria potestad, tal y como establece el artículo 170 del Código Civil: *«el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación»*⁹; y, también, el artículo 92.3 de este mismo cuerpo legal, pues, en la sentencia de nulidad, separación o divorcio se puede acordar la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

En el ámbito penal, el artículo 55 del Código Penal impone la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, cuando la pena de prisión es igual o superior a diez años, salvo que aquella ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o

acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.

Efectivamente, se trata de una pena de carácter accesorio y potestativo en su adopción por el juez; y opera siempre que no se hubiera establecido como pena principal la privación o suspensión de la patria potestad.

También se impone como pena accesoria por los jueces o tribunales en las penas de prisión inferiores a diez años, atendiendo a la gravedad del delito (art. 56.1.3.º).

Como indica el artículo 46 del citado cuerpo legal, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona condenada de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada. Se puede adoptar en delitos: de maltrato en el ámbito familiar (art. 153.3)¹⁰; de amenazas (arts. 171.4 y 5)¹¹; de coacciones (art. 172.2); contra la integridad moral (art. 173.2); corrupción de menores (art. 192.3); susstracción de menores (art. 225 bis); y abandono de familia (arts. 226 y 233.1).

En todo caso, para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad en relación a las circunstancias del caso concreto.

En el supuesto de asesinato u homicidio de uno de los cónyuges (o pareja) por parte de otro cónyuge y tuviesen un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondrá al autor de los delitos como obligatoria la pena de privación de la patria potestad. La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren (arts. 140 bis.2 y 3 CP).

En general, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal ha sido reacia a la adopción de la pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio que en la vía civil se pudiera acordar esta medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, podemos señalar, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo 780/2000, de 11 de septiembre¹²; 568/2001, de 6 de julio¹³; y, 750/2008, de 12 de noviembre¹⁴. El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad estimando el recurso del condenado. Actualmente, al contar con la nueva redacción del artículo 55 del Código Penal y, que se debe acordar la privación en el propio proceso penal evitando con ello dilaciones que siempre son perjudiciales, y pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (Pleno), de 30 de septiembre de 2015¹⁵ avala la privación de la patria potestad por vía penal en los intentos de asesinatos de la pareja presenciados por los hijos. Además de imponer en este caso la pena de alejamiento del padre en relación con la hija menor, como simple consecuencia de la privación de la patria potestad.

Sobre tales bases, el principio de interés superior del menor supone que, este tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible

por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores¹⁶; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses; es un criterio básico que ha de inspirar tanto la actuación de los particulares como de los poderes públicos, y en relación con estos últimos, y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a la petición de parte; es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observado por los jueces y tribunales¹⁷; ha de ser precisado caso por caso, en base a la información y pruebas practicadas que deben ser valoradas, y dando lugar a una decisión motivada. Y se introduce como una cláusula general que comprende un principio general del derecho y se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado¹⁸.

Ciertamente, el interés superior del menor se reconoce como principio rector del derecho a mantener relaciones paternofiliales en las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del artículo 10.2 de la Constitución española con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). A ello se añade que, de modo expreso, el artículo 39.4 de la Constitución española dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»; de tal modo que, este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990, consagra el «interés superior del menor» como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Así, el artículo 3.1 de la indicada Convención establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (STC 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 C). En su artículo 9.3 se establece que «los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño». Y en el artículo 19.2 establece que «los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

También el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, reconoce el «interés superior del niño» y «el respeto de los derechos fundamentales» como principios rectores en este caso de las adopciones internacionales. En fin, nuevamente como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de

responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante, CDFUE) reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Reconociendo el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses» (art. 24 del CDFUE).

Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. En los casos de ruptura de la convivencia, la patria potestad la continúan ejerciendo ambos progenitores; si bien, ha de consensuar todas aquellas decisiones que, afecten al desarrollo de la vida de los hijos menores.

Ahora bien, cuando la patria potestad y la tutela ordinaria resultan insuficientes para dotar a los menores de la necesaria asistencia personal y patrimonial, la intervención de los poderes públicos mediante un sistema de carácter global, determina que, el cuerpo normativo español ha incorporado, precisamente, importantes avances en la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como en su protección frente a la violencia: la reforma operada en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (en adelante, LO 8/2015); y la Ley 26/2015, de 28 de julio (en adelante, Ley 26/2015), ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que introduce como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. De acuerdo a la Ley, los poderes públicos tienen la obligación de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, así como de establecer aquellos procedimientos necesarios para asegurar la coordinación entre las Administraciones públicas competentes y, en este orden, revisar en profundidad el funcionamiento de las instituciones del sistema de protección a las personas menores de edad y constituir así una protección efectiva ante las situaciones de riesgo y desamparo.

No obstante, a pesar de dichos avances normativos, el Comité de Derechos del Niño, con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018, reiteró a nuestro país la necesidad de la aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños y niñas, de alcance normativo análogo a la aprobada en el marco de la violencia de género.

De ahí, que, con objeto de cumplir tal mandato, avanzar en la defensa de los derechos de las personas menores, así como reforzar su protección frente a la violencia, se aprueba la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI) como ley integral y con un alcance multidimensional en cuanto abarca desde la prevención temprana hasta la actuación inmediata y eficaz frente a la violencia sobre los menores y adolescentes. Nadie duda que, la violencia sobre personas menores de edad es una realidad execrable y extendida a pluralidad de frentes (social, familiar, escolar). En numerosas ocasiones pasa desapercibida por la intimidad

de los ámbitos en la que tiene lugar parte de la violencia —como el reciente caso de maltrato de ocho hijos por sus padres en Colmenar Viejo (Comunidad de Madrid)—. Ciertamente, la lucha para erradicar la violencia contra la infancia y la adolescencia es un imperativo de derechos humanos. De ahí, el modelo de protección basado en el enfoque de derechos humanos que, supone priorizar la prevención frente a la atención y la reparación, operar sobre un enfoque integral basado en la interdependencia de todos los derechos y la corresponsabilidad de todos los sujetos públicos o privados obligados a garantizar la protección integral de los menores y adolescentes y, en la necesaria participación en la toma de decisiones que les pueden afectar directa o indirectamente. Precisamente, desde la Convención sobre los Derechos del Niño se ha consolidado la consideración de este como titular de derechos que, hay que respetar y proteger. Lo que también alcanza aquellos niños, niñas y adolescentes con discapacidad, sujetos especialmente vulnerables y con mayores dificultades para acceder al ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades. No obstante, un notable avance ha tenido lugar con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, adecuando con ello nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Se basa esta Ley en el respecto de la dignidad de la persona con discapacidad, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso pueda necesitar la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Por lo que, ante situaciones de violencia ofrece soluciones, como veremos, en relación con el derecho de visitas, precisamente, al modificar el artículo 94 del Código Civil.

Por otra parte, la LOPIVI otorga un papel primordial a la familia y la califica como entorno seguro, a la vez que implica a las Administraciones públicas para su consecución. Así estas en el ámbito de sus respectivas competencias deberán proporcionar a las familias en sus múltiples formas, y a aquellas personas que convivan habitualmente con niños, niñas y adolescentes, para crear un entorno seguro, el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer los factores de protección, así como apoyar la labor educativa y protectora de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, para que puedan desarrollar adecuadamente su rol parental o tutelar. Esta actuación, prevista en el artículo 26.1 de la mencionada norma, implica que dentro de los planes y programas de prevención las Administraciones públicas deberán incluir, como mínimo, un análisis de la situación de la familia en el territorio de su competencia, que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar.

De forma que, considerando a la familia como entorno seguro, las medidas de prevención en el entorno familiar deberán estar enfocadas a: a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva; b) Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, se promoverá la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que

permite el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento; c) Promover la atención a las mujeres durante el período de gestación y facilitar el buen trato prenatal. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo; d) Proporcionar un entorno obstétrico y perinatal seguro para la madre y el recién nacido e incorporar los protocolos, con evidencia científica demostrada, para la detección de enfermedades o alteraciones genéticas, destinados al diagnóstico precoz y, en su caso, al tratamiento y atención sanitaria temprana del o la recién nacida; e) Desarrollar programas de formación a adultos y a niños, niñas y adolescentes en habilidades para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares; f) Adoptar programas dirigidos a la promoción de formas positivas de aprendizaje, así como a erradicar el castigo con violencia física o psicológica en el ámbito familiar; g) Crear los servicios necesarios de información y apoyo profesional a los niños, niñas y adolescentes a fin de que tengan la capacidad necesaria para detectar precozmente y rechazar cualquier forma de violencia, con especial atención a los problemas de las niñas y adolescentes que por género y edad sean víctimas de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta; h) Proporcionar la orientación, formación y apoyos que precisen las familias de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, a fin de permitir una atención adecuada de estos en su entorno familiar, al tiempo que se fomenta su grado de autonomía, su participación activa en la familia y su inclusión social en la comunidad; i) Desarrollar programas de formación y sensibilización a adultos y a niños, niñas y adolescentes, encaminados a evitar la promoción intrafamiliar del matrimonio infantil, el abandono de los estudios y la asunción de compromisos laborales y familiares no acordes con la edad.

En cuanto a la parentalidad positiva indicada como actuación preventiva primordial en el ámbito familiar, el artículo 26.3 a) de la LOPIVI la define como «el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes».

En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental (SAP). Por lo que, no procede alegarlo en los supuestos de ruptura familiar para obtener la guarda y custodia exclusiva o compartida, o un eventual el derecho de visitas.

Ahora bien, con el objeto de favorecer la parentalidad positiva, las Administraciones públicas impulsarán medidas de política familiar encaminadas a apoyar los aspectos cualitativos de aquella en progenitores o quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento. En particular, las destinadas: 1. A prevenir la pobreza y las causas de exclusión social; 2. Favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral en el marco del diálogo social, a través de horarios y condiciones de trabajo que permitan atender adecuadamente las responsabilidades derivadas

de la crianza; y, 3. Potenciar el ejercicio igualitario de dichas responsabilidades por hombres y mujeres.

Por su parte, la disposición final segunda de la LOPIVI modifica el artículo 92 del Código Civil para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia. A tal fin, dispone el mencionado artículo 92 en su número 2 del Código Civil que, el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión; y añade en su número 10 que, el juez adoptará, al acordar fundamentalmente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014¹⁹, establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio y que el ejercicio de ningún derecho de visita ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños (art. 31). Recuerda que los Estados parte pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45).

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos, ha indicado que «para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar» (SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto *Buscemi c. Italia*, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto *R.M.S. c. España*, § 68) y cualquier injerencia en la vida familiar debe estar «prevista en la ley», y que «sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás». La «desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez» (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en numerosas ocasiones que «el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas» (SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto *Eriksson c. Suecia*, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto *Olsson c. Suecia*, § 90).

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «observa que un respeto efectivo de la vida familiar impone que las relaciones futuras entre progenitor e hijo se ajusten sobre la única base del conjunto de los elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo» (SSTEDH de 2 de septiembre de 2010, asunto *Mincheva c. Bulgaria*, § 82, y de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 82), pues «el paso del tiempo puede tener consecuencias irre-

mediablos para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52).

Al respecto, existe un amplio consenso de que en todas las decisiones relativas a los niños debe prevalecer su interés superior (SSTEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 135; y de 26 de noviembre de 2013, asunto *X c. Letonia*, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (STEDH de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, § 66). Sin embargo, el interés de estos últimos, especialmente en tener contacto regular con su hijo, sigue siendo un factor a tener en cuenta al equilibrar los diversos intereses en juego (STEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 134). Es, en interés del niño que, los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, «reconstruir» la familia (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto *Gnahoré c. Francia*, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto *Jansen c. Noruega*, § 88-93).

Por lo que, al evaluar lo que se considera el interés superior del niño, las autoridades nacionales no deben desconocer que «respecto a la protección de la integridad física y moral de las personas frente a terceros, el Tribunal ya expuso que las obligaciones positivas impuestas a las autoridades —en ocasiones en virtud del artículo 2 o del 3 del Convenio aunque a veces del 8 o de este en concurso con el artículo 3— pueden implicar que haya un deber de poner en funcionamiento un marco jurídico adaptado para proteger contra los actos de violencia que podrían cometer los particulares» y específicamente «en cuanto a los niños, especialmente vulnerables, los mecanismos creados por el Estado para protegerles de actos de violencia que entren en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8, deben ser eficientes e incluirán medidas razonables de prevención del maltrato en relación con el cual las autoridades tengan o deberían haber tenido conocimiento así como una prevención eficaz que, proteja a los niños de formas tan serias como de atentar contra la integridad personal» (SETDH, Gran Sala, de 12 de noviembre de 2013, asunto *Söderman c. Suecia*, § 82 y 83, y las que allí se citan). También hay que ponderar las consecuencias negativas a largo plazo que pueda sufrir el menor por la pérdida del contacto con sus padres y la obligación positiva de adoptar medidas que faciliten la reunión de la familia tan pronto como sea realmente posible (STDEH *Jasen c. Noruega*, § 104).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en analizar el régimen jurídico y el ejercicio del derecho de visitas del progenitor no custodio; en especial, cuando hay situaciones de conflicto, o de violencia de género, violencia doméstica o violencia vicaria. Procederemos, en primer lugar, a analizar de modo sucinto, los diferentes modos de ejercer la patria potestad en caso de nulidad, separación y divorcio, destacando la no atribución de la guarda y custodia compartida en casos de violencia de género; para luego, proceder a tratar también de forma concisa, el régimen jurídico del derecho de visitas; y, finalizar con el tratamiento del derecho de visitas en supuesto de violencia de género y las medidas civiles y penales que se pueden adoptar tras una orden de protección o las previstas en el artículo 158 del Código Civil.

No obstante, antes de proceder al oportuno desarrollo de la materia, nos parece adecuado señalar que, ante esta lacra que constituye la violencia de género y violencia vicaria, además de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre,

de Medidas de Protección Integral con la violencia de género y de la LOPIVI; hay que destacar, como normativa a aplicar, el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito; la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia; la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea; la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género; Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica; Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo, y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo; y la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA PATRIA POTESTAD

Como hemos indicado, la patria potestad representa una potestad o función en cuanto a los derechos o facultades que lo integran, y se atribuyen a sus titulares, no para que los ejerzan en su propio interés, sino para que actúen en interés y beneficio de los hijos sometidos a ella, y en donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad del hijo y su integridad física y moral, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que, su desarrollo personal exige y demanda. En todo caso, se faculta a los progenitores para en el ejercicio de su función «recabar el auxilio de la autoridad» (art. 154 último párrafo CC). Asimismo, constituye un entramado de derechos y deberes que, determina la asunción de la representación legal y administración de los bienes de los hijos. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000²⁰ dispone que «la patria potestad es en el derecho moderno y concretamente, en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos que, entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 34 de la Constitución». En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal, en el marco de sus competencias, ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor. Por su parte, DÍEZ GARCÍA afirma «el carácter irrenunciable que ostentan estos derechos “como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular”, así como imprescriptible —por lo que «ni su ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva», salvo en los casos previstos para su extinción o privación—; e indisponible —“lo que no impide que, en determinados supuestos, su falta de ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que su institución comporta”, puede acarrear su extinción (art. 170)—»²¹.

Precisamente, los deberes y facultades que a los padres competen en la esfera personal del menor, se relacionan en el artículo 154.2 del Código Civil. Así, el deber de velar por los hijos —que engloba realmente a todos los demás— supone cuidar de ellos «solicitamente», y comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y reclama de sus titulares el control efectivo de la vida y

de las relaciones de aquel, con la consecuencia de poder actuar con cierta discrecionalidad y arbitrio. Lo dicho, por tanto, supone la posibilidad de prohibir o limitar cierto tipo de relaciones en general o las relaciones con determinadas personas, si bien no de un modo absoluto²².

Ahora bien, esta facultad de control de la vida de relación del menor o, en su caso, de la persona con la capacidad modificada judicialmente encuentra una doble limitación legal: por un lado, su ejercicio debe efectuarse en la medida de las necesidades del hijo menor o incapacitado, o como dice el artículo 154 del Código Civil «de acuerdo con su personalidad»; lo que, a partir del reconocimiento de un ámbito de libertad progresivamente creciente en aquel, determinará que alcanzando una cierta edad, solo con su consentimiento podrán existir determinadas relaciones con ciertos parientes o allegados; y por otro, no podrá ejercitarse impeditivamente más que si concurre «justa causa» del artículo 160.2 del Código Civil —en relación, con el artículo 90.1 b) y 2 del citado cuerpo legal—, legitimadora de la prohibición que veta los contactos entre el menor y sus abuelos y demás parientes o allegados²³.

Asimismo, todos estos derechos y deberes que integran la patria potestad se deben ejercer siempre en interés o beneficio del menor, como asimismo, las relaciones personales de los abuelos con los nietos —se presumen *iuris tantum* que, son beneficiosas para estos—²⁴, o de los hijos menores de edad con otros parientes y allegados. En el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se califica el interés del menor como «un concepto jurídico indeterminado que, ha sido objeto, a lo largo de estas años de diversas interpretaciones» y, por ello, con el objeto de dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) dando una redacción más completa al mismo e incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, como los criterios de la Observancia General número 14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial»²⁵.

También se indica en el citado preámbulo que «este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierne, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral». A lo que se añade que «es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenido en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio».

RIVERO HERNÁNDEZ define el interés del menor como «estándar jurídico no ético; responde a valores y criterios jurídicos y sociales (no es una abstracta idea de lo justo o de la conciencia moral) y opera en el ámbito jurídico —respuesta del Derecho a conflictos personales y sociales catalogados como jurídico

cos—. Pero se desenvuelve, ciertamente, en el ámbito jurídico con más carga metajurídica, incluso ética, como es el Derecho de la persona y de la familia, lo que comporta que la moral social y sus valores tengan en ocasiones notable peso en la determinación del interés del menor»²⁶. Por su parte, para VERDERA IZQUIERDO resulta «prácticamente imposible, realizar y plasmar una definición única, unívoca del interés del menor, siendo un concepto limitativo e informador de otras instituciones que nos lleva a precisar el contenido de las mismas». Se debe, en consecuencia «realizar una determinación del concepto *in concreto* de acuerdo con todos los datos aportados al proceso o al supuesto particular sobre el cual se debe pronunciar el operador jurídico»²⁷. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2020²⁸ señala que «el interés del menor es la suma de varios factores que tienen que ver con las circunstancias personales de sus progenitores, las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, y con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 6 de marzo de 2020²⁹ el interés superior del menor prevalece frente al de sus progenitores.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (FJ 4.^º); 178/2020, de 14 de diciembre (FJ 3.^º); 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.^º); y, 131/2021, de 31 de mayo (FJ 2.^º) subrayan que «el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos». De forma que, el interés del menor se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (sentencias del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (FJ 7.^º); 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.^º; y 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.^º), toda vez que ha de prevalecer, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva «toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor» (sentencia del Tribunal Constitucional, 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.^º).

En todo caso, la expresión de la jurisprudencia constitucional «consideración primordial» significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior.

Asimismo, el Tribunal Constitucional viene insistiendo también en la necesidad que «todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución española y atiendan de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público» (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.^º y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.^º).

En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional 77/2018, de 5 de julio en su *Fundamento de Derecho segundo* lo identifica como norma de derecho imperativo, al proclamar que es doctrina constitucional que «cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener la consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que, la sentencia de este mismo Tribunal 120/1094, de 10 de diciembre en su *Fundamento de derecho segundo* reconoce que concurre en los procedimientos judiciales relativos a la familia a partir que el artículo 39.2 de la Constitución

española sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos» (también la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2021, FJ 4.º).

De igual forma, se pronuncia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013 y 569/2016, de 26 de septiembre que, afirman que «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público». O, más recientemente, insiste en esta concepción la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, 251/2018, de 25 de abril cuando afirma que «el interés del menor constituye una cuestión de orden públicos y está por encima del vínculo parental (...). Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resultan protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses».

El interés superior del menor obliga, pues, a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que, debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (sentencias del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre [FJ 6.º]; y 16/2016, de 1 de febrero [FJ 6.º]). Únicamente, en los supuestos en los que no pueden respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Ahora bien, recordemos que, sobre la base de que el interés superior del menor se encuentra reconocido en distintos tratados internacionales suscritos por España, lo que, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución española se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (sentencias del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero [FJ 5.º] y 106/2022, de 13 de septiembre [FJ 2.º]).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre en su *Fundamento de derecho quinto* indica al respecto que «(...) los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores integrados en nuestro ordenamiento *ex artículo 10.2* de la Constitución española y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (art. 3) contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa».

Pues bien, dentro de este marco tuitivo, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 consagra «el interés superior del menor» como principio, que proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Nuevamente, como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea considera el interés superior del menor como «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones, y en el artículo 24 proclame el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

En fin, relacionado con el interés del menor es el derecho a ser informado, oído y escuchado y a participar en procesos de acuerdo con la normativa vigen-

te [arts. 2.5 a) y 9 LOPJM]³⁰. Asimismo, el libre desarrollo de su personalidad implica que los niños/as sean titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica y que, como tales son indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 5.). El citado artículo 2.2 apartados d) y e) de la LOPJM establece, precisamente, como manifestaciones de tal interés superior del menor «promover la efectiva integración y desarrollo del menor en sociedad»; «minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro»; así como «preparación del tránsito a la edad adulta e independiente». De ahí, la circunstancia que los niños/as no puedan, por razón de su edad y falta de madurez, defenderse por sí mismos, ni velar por sus intereses, determine que la ley transfiera tal función a las instituciones públicas y privadas para garantizar que aquellos sean debidamente respetados.

III. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL Y DE PAREJA

En nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda. a. La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores³¹. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones; b. Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que, en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c. La guarda atribuida a un tercero (art. 103 CC) se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos en que ninguno de los progenitores pueden asumir el cuidado del menor³²; d. La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Dentro de ella cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres lo que entran y salen del único domicilio³³.

Sobre tales bases, con la Ley 30/1981, de 7 de julio, —pese a la falta de referencia normativa expresa a excepción de la mención indirecta en el artículo 92.4 del Código Civil—, no se impedía la guarda y custodia compartida, pero ante la postura mayoritaria de rechazo de la jurisprudencia por entender que podía afectar al adecuado desarrollo de las relaciones paterno-familiares, la práctica habitual era la atribución unilateral o exclusiva de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, que solía coincidir en la mayoría de los casos con la figura materna y donde se establecía un régimen de visitas a

favor del progenitor no custodio —normalmente el padre— (art. 159 en relación con los artículos 90 y 103 CC)³⁴. Asimismo, el sistema legal hacía muy difícil la adopción de tal modalidad de guarda en los procesos contenciosos, lo que propició la práctica excepcionalidad de la misma, a lo que habría que añadir las escasas solicitudes por parte de los progenitores de esta modalidad de guarda y custodia. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio al reformar la legislación anterior de divorcio también dio cierto impulso a la custodia compartida, al determinar que la guarda y custodia exclusiva no se configure como la única modalidad de guarda tras la situación de crisis matrimonial, sino que además se regula —con la exigencia de una serie de requisitos formales— como otra posibilidad la guarda y custodia compartida, pues, como justifica en su exposición de motivos, lo que hay que procurar, es el mejor beneficio para el menor. A tal fin, se dedica el artículo 92 del Código Civil que, precisamente no proporciona una definición legal de la guarda y custodia compartida o conjunta, refiriéndose, no obstante, a esta figura con expresiones tales como «ejercicio compartido de la guarda y custodia» (apartado 5), «guarda conjunta» (apartado 7) y «guarda y custodia compartida» (apartado 8), correspondiendo tal labor a la doctrina y a la jurisprudencia³⁵. Recientemente, ha sido modificado dicho artículo 92 por la Ley 8/2021, de 2 de junio por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, d la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Sobre tales bases, el Código Civil español en su artículo 92, a diferencia también de lo que ocurre en el artículo 373-2.11 del *Code Civil* o en la *Children Act* 1989 inglesa, carece de un listado de criterios o elementos sobre los que las partes y juez puedan operar para determinar en cada caso el régimen de guarda más idóneo para el interés del menor. Tal labor ha sido asumida por la jurisprudencia mediante el desarrollo de tales criterios. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013³⁶ fija como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5 y 6 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectos por la medida que se debe tomar y que se acordará cuando concurran criterios tales como: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva cualquier otro, que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». Y, añade que la redacción del artículo 91 «no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»³⁷. Estos criterios son los que debe tener en cuenta el juez para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar y deben atender a la protección del interés del menor³⁸. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016³⁹ establece, además, que es requisito necesario para otorgar la custodia compartida la propuesta de un plan de coparentalidad o plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas

que integren con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que van a tener los hijos una vez producida la crisis de pareja. Y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 15 de junio de 2016⁴⁰ anula el régimen de custodia compartida de una menor concedida a su padre y madre porque ninguno de los dos la solicitó, pues, de no existir petición de parte «dificilmente puede valorarse un plan contradictorio adecuadamente informado sobre el que decidir con fundamento en interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia». A tal fin, se ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya que dictó sentencia, estableciendo la custodia compartida, que pronuncie nueva sentencia en los «estrictos términos» en que se planteó el debate (cada progenitor reclamaba para sí la custodia de su hija) «que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida».

En todo caso, esta falta de mención de criterios o elementos a tener en cuenta por el juez en el artículo 92 del Código Civil contrasta con los desarrollados y fijados por las citadas legislaciones autonómicas, que sí han procedido a concretar los factores que deben ponderarse antes de tomar la decisión sobre el sistema de guarda más adecuado al interés del menor⁴¹.

Es, por ello que, el citado artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea⁴².

Ahora bien, sea cual sea la posición que se adopte, no parece que la cuestión se deba residenciar en la preferencia entre una u otra modalidad de guarda, sino en dejar a la capacidad decisoria del juez mediante una neutralidad regulatoria, el tipo de guarda que proporciona mayor estabilidad al menor, y protege su interés. En la toma de tal decisión puede resultar conveniente la utilización de algunos de los parámetros contenidos en las diferentes regulaciones autonómicas, o establecidos por el Tribunal Supremo en sus diferentes resoluciones, todo ello sin perjuicio de la utilización de otras medidas que, permitan al juez la adopción de la medida de guarda más beneficiosa para el menor. Ciertamente, la guarda y custodia exclusiva o compartida se otorgará en función del interés superior del menor en cada caso concreto, sin que ninguna forma de custodia se haya de considerar preferente. Por otra parte, de optarse por la guarda y custodia compartida no supone ello necesariamente un reparto igualitario de tiempos de convivencia. La distribución de tiempos y responsabilidades se hará, igualmente, atendiendo al interés del menor.

Por otra parte, la guarda y custodia compartida no se debe confundir con la custodia atribuida a uno de los progenitores, concediendo al otro un amplio régimen de visitas⁴³ y, asimismo, no consiste en «un premio o castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta, precisamente, los criterios abiertos ya señalados que concretan lo que debe tomarse en consideración a la hora de determinar el interés del menor⁴⁴.

Por lo que, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida siempre que con ello se proteja adecuadamente el interés superior del menor, para lo cual además de atender a los factores o criterios expuestos, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores si tienen suficiente juicio, y lo estime necesario⁴⁵ —aunque también se señala la obligatoriedad de la exploración del menor en alguna resolución⁴⁶— bien de oficio, bien a petición del fiscal, partes o miembros del equipo judicial o del propio menor, asimismo, habrá de valorar

las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba que se hubiera practicado en ella, y, si lo considere conveniente, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados en orden a la determinación del régimen de custodia más idóneo y favorable a los intereses de los menores⁴⁷.

Ahora bien, como precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013⁴⁸ «se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, sin que la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquél». Y añade la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 16 de febrero de 2015 con el régimen de guarda y custodia compartida «a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, ya que se ha venido desarrollando con eficiencia»⁴⁹.

En esencia, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022⁵⁰ que «(...) es reiterada jurisprudencia la que sostiene, en consonancia con los conocimientos y estudios que nos brinda la psicología, que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino normal e incluso deseable, en tanto en cuanto permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis siempre que ello sea factible en cuanto lo sea. Se pretende con ello aproximar, en la medida de lo posible, este régimen (nuevo *modus vivendi* —modo de vida—) al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficioso para ellos. De forma tal que no se pierdan ni desvanezcan los vínculos afectivos y seguros con sus progenitores cara a su ulterior integración en el mundo de los adultos, y la importancia que los modelos paterno y materno tienen para el desarrollo de la personalidad de los niños»⁵¹.

En todo caso, que los progenitores reúnan capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales durante la situación de crisis matrimonial, no tienen porque verse las mismas mermadas por el hecho normal y habitual, en estos casos, que los padres opten por rehacer sus vidas con nuevas pareja, situación que, incluso puede ser positivo y de interés para el menor⁵²; ni por razón de enfermedad de uno de los progenitores⁵³.

De todas formas, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que, beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y, asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental⁵⁴. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo⁵⁵. Por lo que,

en la toma de decisión del juez ocupará un lugar importante la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos⁵⁶.

Precisamente, las relaciones entre los cónyuges tras la ruptura pueden llegar a ser conflictivas o no, y, en el caso de existir conflicto, este puede derivar, incluso, en supuestos de violencia de género o incurrir en otros tipos delictivos o faltas comunes como delito de coacciones, de injuria, malos tratos.

También es cierto que, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida⁵⁷. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor⁵⁸, como sucede en los supuestos de conflictividad manifiesta o extrema entre los progenitores especialmente siempre que exista malos tratos y, asimismo, una continua exposición del menor al enfrentamiento entre sus progenitores⁵⁹. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2014⁶⁰ consideró que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaban. Recuerda el Alto Tribunal los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013⁶¹ y concluye que «esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»⁶². Sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de febrero de 2015⁶³ ha otorgado la custodia compartida de un niño solicitada por el padre al considerar que la existencia de divergencias entre los padres que sean razonables no imposibilitan este régimen que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el «sentimiento de pérdida», no cuestiona la idoneidad de los padres y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor. De este modo, la citada sentencia indica que «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)».

Asimismo, en cuanto a la consideración que las discrepancias entre los cónyuges sobre la custodia compartida, no impide su adopción, si se acuerda en interés o beneficio de los hijos, en este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015⁶⁴ cuando manifiesta que «la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores». Y añade que «las conclusiones del informe psicosocial deber ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos». Por lo que, en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, pues, no analiza la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del «status quo». A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso

con la custodia compartida: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que se ha venido desarrollando con eficiencia.

En cualquier caso, para la adopción del sistema de custodia compartida señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016⁶⁵ que «se requiere un mínimo de capacidad de diálogo, pues, sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (art. 92 CC). Y al respecto señala que «en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparte la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos».

De forma que, las relaciones entre los cónyuges no son relevantes por sí mismas para tomar la decisión sobre la atribución de la guarda y custodia compartida o individual, sino que es necesario tenerlas en cuenta junto con otra serie de criterios o factores que habrá de valorar el juez, siempre pensado en el superior interés del menor a la hora de determinar el tipo de guarda y custodia.

En ningún caso se acordará la guarda y custodia compartida, cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género, o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (art. 92.7 CC)⁶⁶. Se impone de forma imperativa la no procedencia de la guarda y custodia compartida en los supuestos descritos; lo que resulta criticable al no dejar campo de actuación al arbitrio judicial, como si excepcionalmente, permite el artículo 94.4 del citado cuerpo legal, tal como analizaremos en los siguientes apartados⁶⁷.

Asimismo, en todas las legislaciones autonómicas se excluye tanto la guarda y custodia individual como la compartida en los supuestos de violencia doméstica y de género, o cuando cualquiera de los progenitores 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 progenitor o de los hijos menores y, se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad⁶⁸. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (art. 233-11.3 CCC; art. 80.6 del CDFA; y, art. 3.8 b) apartado 1 de la Ley Foral 3/2011); o cuando haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente (art. 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco). Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si

lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriormente expuestos y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores (art. 11.4 y 5 de la citada Ley 7/2015 del País Vasco).

Ahora bien, tampoco cabe un derecho de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodio, como indica el mencionado artículo 92.7 *in fine*, cuando existan malos tratos a animales o la amenaza de causarlos, como medio de victimizar al progenitor custodio o a los hijos/as menores de edad. Se crea un nuevo supuesto de violencia vicaria que, en todo caso, en los términos en que está redactado puede resultar «excesivo», si no se interpreta en sus justos términos. Ciertamente, corresponde a la autoridad judicial apreciar si existen los supuestos de violencia descritos, pensando siempre en el interés superior de los hijos menores de edad y en proteger a las víctimas. En el campo del arbitrio judicial se pretende evitar que situaciones vivenciales, que podemos calificar de «normalizadas» en el trato con los animales domésticos se califiquen de supuestos de violencia vicaria. En todo caso, los malos tratos o la amenaza de causarlos ha de implicar una forma de control o de victimización/agresión al otro cónyuge/pareja e hijos/as menores o mayores discapacitados para entender que constituye un caso de violencia vicaria. Ciertamente, nadie duda del cariño y amor que se tiene a las mascotas en el seno de la familia, pues, se les considera un miembro más de la misma; lo que, puede ser utilizado por quien ejerce el papel de maltratador, precisamente, como una forma de incrementar su poder, de generar miedo en el entorno familiar ante la desobediencia de su órdenes; en esencia, ampliar su campo de dominación. De ahí que, el maltrato (daño físico y psíquico) al animal doméstico (mascota) se utilice como un instrumento/ herramienta más del que se puede valerse el maltratador para causar daño (al otro cónyuge/pareja, y/o a sus hijos); y, por ende, un criterio más a tener en cuenta por el juez a la hora de fijar la medida de guarda y custodia y el régimen de visitas. Recientemente, se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal en cuyo Preámbulo se destaca, en la línea reseñada, que «la constatación del vínculo existente entre el maltrato a los animales y la violencia interpersonal obliga también a tener en cuenta como circunstancia agravante la violencia instrumental que se realiza con animales en el ámbito de la violencia de género». De ahí, que el artículo 340 bis 2 letras a), b), c), d), e) y g) disponga que las penas previstas en el apartado primero de este mismo precepto, se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias agravantes: «a) Utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que pudieran resultar peligrosas para la vida o salud del

animal; b) Ejecutar el hecho con ensañamiento; c) Causar al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal; d) Realizar el hecho por su propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal; e) Ejecutar el hecho en presencia de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable; y, g) Cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». Todas ellas representan circunstancias agravantes que suponen una utilización «medial/instrumental» del animal doméstico por parte del maltratador con el objetivo de causar un mayor daño a las víctimas maltratadas (otro cónyuge/pareja y/o hijo; y/o persona especialmente vulnerable); al que se une el que se causa directamente a las mismas⁶⁹. En esencia, se trata de añadir un subtipo agravado que, incrementa la pena básica a la mitad superior, cuando se maltrata a un animal doméstico (mascota) con el fin de violentar, dañar a la familia que convive con el maltratado, esto es, como un instrumento más de violencia en el seno familiar (violencia de género/ violencia vicaria)⁷⁰.

En fin, tampoco procederá la guarda y custodia compartida cuando ambos progenitores residan en localidades lejanas, al no poder llevar a cabo un adecuado cumplimiento de los deberes paternofamiliares⁷¹; o por la falta de disponibilidad horaria derivado de su relación laboral⁷².

IV. DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO Y OTROS PARIENTES

1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO, ABUELOS, OTROS PARIENTES Y ALLEGADOS

El artículo 94.1 del Código Civil concede el derecho de visita al progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos menores, previsión que el precepto extiende tras la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio a los hijos mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión. Ahora bien, este derecho de visita compete no solo a los progenitores, sino también con menor intensidad, a los hermanos, abuelos, parientes y allegados del menor. De forma que, además de la regulación que ofrece el citado artículo 154, también los artículos 90.1 a) y b; 160 y 161 del citado cuerpo legal. En consecuencia, el convenio regulador podrá contener el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no convive con ellos; y si lo considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo siempre en cuenta el interés de aquellos; asimismo, el derecho de visitas del progenitor no custodio resulta compatible con el que eventualmente pudiera corresponder a hermanos, abuelos, parientes y allegados (art. 160.2)⁷³. Si bien, esta compatibilidad tiene como límite que el derecho de visitas de los progenitores es más amplio en su contenido y extensión y preferente.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia de la Sala Primera 176/2008, de 22 de diciembre⁷⁴ «el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de su personalidad afectiva de cada uno de ellos. La comunicación y visitas del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero

sin que pueda sufrir limitación o suspensión, salvo «graves circunstancias que lo aconsejen o se incumpliera grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Por su parte, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2014⁷⁵, así se configura en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «Los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor»; en el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en resolución de 18 de julio de 1992: «*En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres ambos con las mismas obligaciones, incluso, si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguarda de los intereses del niño*». O en el artículo 24.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «*Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses*». El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva. Este derecho solo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. En este sentido, se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992 con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas solo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejercitable al respecto. Las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está contemplada en el artículo 94 del Código Civil cuando, después de admitir el derecho de visitas de los progenitores que o tengan consigo al hijo, añade el juez que «(...) podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen (...).» Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 9 de julio de 2002⁷⁶ señala, al respecto, que «el artículo 160 del Código Civil establece el derecho del padre o la madre a relacionarse con sus hijos; incluso, aunque no ejerzan la patria potestad. Resulta precepto imperativo al declarar que no podrá impedirse las relaciones personales sin justa causa y, al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias. Y no es factor excluyente la falta de comunicación en el pasado, pues, al contrario, actuaría más bien con efectos recuperadores para restaurar una relación rota, propiciada por el contacto personal del padre con su hijo, y que resulta del todo oportuna atendiendo a la edad de este».

Sobre tales bases, el derecho de visitas tiene lugar en el ámbito de la custodia individual respecto del progenitor no custodio y, en el supuesto de guarda y custodia compartida corresponde al juez fijar en la correspondiente resolución judicial el régimen de vistas de los hijo/os durante el tiempo que no conviven con ellos⁷⁷. De forma que, los titulares de este derecho deben ser el cónyuge no guardador y los hijos menores, pues, es independiente tanto de la atribución del ejercicio como de la titularidad de la patria potestad⁷⁸. En cuanto a su alcance, se acordará por los cónyuges en convenio regulador y, en su defecto, establecerlo el juez, aunque no lo solicite el cónyuge no guardador. En todo caso, el juez tiene amplia discrecionalidad para fijar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este

derecho de visitas, atendiendo a las circunstancias del caso y, principalmente, al interés superior del menor.

En este contexto, cuando hablamos del derecho de visitas, nos referimos a un concepto más amplio que incluye visitas, comunicación o estancia⁷⁹. Al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.^a, de 20 de junio de 2001⁸⁰ señala que «se trata, efectivamente, de relación y no visita, expresión esta acuñada por la doctrina y jurisprudencia, pero que, sin embargo, tienen un significado diferente, ya que la palabra «visitas» significa ir a ver a uno a su casa por amistad, afecto o cortesía o por cualquier otro motivo; mientras que la palabra «relación», expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho de visita. Precisamente, en este sentido amplio y desde una perspectiva meramente formal, el derecho de visita de los parientes y allegados se identifica con el del progenitor, que en caso de separación, nulidad o divorcio, no tiene consigo a los hijos menores o incapacitados, y al que se refiere el artículo 94 del Código Civil como “derecho de visitarlo, comunicar con ello y tenerlos en su compañía”».

LINACERO DE LA FUENTE emplea el término derecho de relaciones personales y lo define como «la organización del régimen de comunicación, estancias y relaciones entre los progenitores y los hijos o entre determinados parientes (esencialmente, abuelos y hermanos) y allegados con el menor, en aquellos casos que no exista convivencia habitual»; y lo define como «la organización del régimen de comunicación, estancias y relaciones entre los progenitores y los hijos o entre determinados parientes (esencialmente, abuelos y hermanos) y allegados con el menor, en aquellos casos en que no existe convivencia habitual»⁸¹. Igualmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE indica que, es «más correcto hablar de «derecho a relacionarse» de padres e hijos, o de otros parientes entre sí. Sin embargo, la expresión «derecho de visitas» está muy consolidada y presenta la ventaja de ser breve y suficientemente conocida»⁸². Asimismo, MARÍN LÓPEZ manifiesta que las expresiones «visitas y estancia deben interpretarse como sinónimas. La comunicación con el menor implica la posibilidad de establecer comunicación con él escrita, telefónica, etc., sin ningún tipo de limitación»⁸³. Por su parte, GUTIÉRREZ ROMERO conceptúa los términos, visitas, comunicación y estancia. Así entiende por visita «los períodos de tiempo que los menores pasan con el progenitor con el que no conviven (no custodio)»; comunicación «alude al hecho de tener noticias o estar en contacto el padre o la madre con el hijo a través del teléfono o correo»; y, estancia «se refiere al período de tiempo más largo que una mera visita en el que el menor estará en compañía de su progenitor no custodio (períodos vacacionales)»⁸⁴.

En cuanto a su naturaleza y fundamento, procede señalar que, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia consideren que estamos ante un verdadero derecho propio y autónomo y, no una mera facultad. Un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico a quienes son sus titulares, como lo demuestra el hecho que para denegar o suspender este derecho de visitas o, más amplio de relaciones personales ante los Tribunales, se deberá probar que concurre, precisamente justa causa para ello⁸⁵. Por lo que, hay quienes, en esta línea, se inclinan de forma mayoritaria por considerar que, nos encontramos ante un derecho cuya naturaleza es de derecho-deber, derecho-función, o derecho de «finalidad altruista», en la medida que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular, sino los del menor, respecto de quien sí puede hablarse en puridad de un derecho

subjetivo⁸⁶. Otros, sin embargo, afirman que estamos ante un derecho natural, derivado de la propia naturaleza humana⁸⁷. Y, en fin, no faltan algunos autores y cierta jurisprudencia menor⁸⁸ que, sostienen que se trata de un derecho encuadrado en los derechos de la personalidad, siendo su naturaleza extrapatrimonial y, aunque habitualmente «su ejercicio pueda quedar enmarcado o quedar solapado con el derecho a la intimidad, es más amplio que este en extensión y contenido»⁸⁹. Tiene cierto «carácter absoluto, tanto en su sentido de derecho *«erga omnes»*, como en su aspecto de un poder directo de un bien fundamental que se actúa y concreta en la conducta del titular. Es un derecho personalísimo»⁹⁰. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2011⁹¹ determina que la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público; de forma que, el derecho de visitas regulado en el artículo 94 del Código Civil, no es un mero derecho, sino un complejo derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no solo tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado».

Ciertamente, el derecho que tiene todo menor a relacionarse con sus padres, así como el derecho de padre/madre a relacionarse con su hijo/a —pues, el deber de asistencia que compete a los padres (art. 39.2 y 3 de la Constitución española)— tiene un contenido no solo material, sino también espiritual. Se trata de un derecho-deber o derecho-función personalísimo, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, subordinado al interés del hijo, esencialmente relativo o de contenido variable⁹². Este derecho está relacionado con la obligación de los progenitores de velar por los hijos menores de edad (arts. 110 y 154 CC). Por otra parte, el derecho de visita se caracteriza por su relativismo, siendo provisionales y revisables las resoluciones que lo acuerdan o regulan (art. 90 CC)⁹³. Asimismo, cabe señalar que, en los supuestos de conflicto matrimonial el progenitor que tiene al hijo en su compañía no puede impedir el contacto con los familiares de la otra rama —abuelos, tíos— por simples razones de animadversión, solo si existe una justa causa. Por tanto, se ha de decir que, en caso de los abuelos, estos tienen derecho a relacionarse con su nietos —incluso a pesar de la negativa de ambos progenitores— de cuya relación solo por justa causa se les puede privar (art. 160.2 *a contrario sensu* CC), aunque su contenido y duración no sea tan amplio como el derecho de vistas entre padres e hijos. La exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre mediante la que se modifica el citado artículo 160, entre otros, establece que: «los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución española, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia. En este sentido las normas vigentes del Código Civil dispensan un tratamiento exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo persona de los menores, esto es, las relaciones de los nietos con sus abuelos (...). En efecto, cabe entender que los abuelos ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor (...). Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados que, también pueden coadyuvar al mismo fin. De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones

entre abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores. En segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad». Ahora bien, esta mención a los abuelos es extensible a los allegados, en su caso, como ocurre con los tíos, cuando su influencia sea beneficiosa y en interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño incide en la relación con la familia extensa en interés del menor, lo que, sin duda, influirá como factor de socialización, de estabilización emocional y crecimiento personal⁹⁴.

Si bien, cada caso es único, en principio, la discapacidad⁹⁵; las drogodependencias o el alcoholismo de los progenitores⁹⁶; la homosexualidad; la transexualidad⁹⁷; o la convivencia del progenitor con otra persona, casados o no, no bastan para suprimir el derecho de visitas, si no perjudican al hijo⁹⁸.

Por otra parte, las relaciones personales entre progenitores e hijos se justifican en el beneficio, provecho y en el interés prevalente que, puede suponer para el hijo/a y su desarrollo personal la relación con aquellos y otros familiares: hermanos, abuelos, otros parientes y allegados⁹⁹. Es, precisamente, ese interés y beneficio que para su estabilidad emocional y desarrollo integral como persona, puede reportarles su relación con sus progenitores y otros parientes, lo que debe primar a la hora de tomar una decisión con respecto a la concesión o no de tales relaciones personales (art. 94 párrafo 2.º *in fine* CC). Además, hay que tener en cuenta que, estas relaciones pueden resultar positivas ante situaciones de crisis matrimonial o de pareja de sus progenitores.

2. TITULAR ACTIVO Y CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO

Se considera, de forma mayoritaria que, los titulares activos de este derecho de relaciones personales es el progenitor no custodio o custodio, en caso de guarda y custodia compartida, en función de la duración y distribución de los períodos de convivencia entre ambos progenitores, principalmente, cuando la distribución de la convivencia es por períodos amplios (un año, un semestre, el curso escolar). En todo caso, como un derecho-deber, se concede en beneficio del hijo, de acuerdo con su personalidad y como precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE «es afirmación común la de que la finalidad del derecho de visita es propiciar un desarrollo personal del menor más íntegro, armónico y equilibrado, tanto en sus aspectos afectivos como educacionales a través del mantenimiento de lazos afectivos con el progenitor que no convive (o en su caso, con otros parientes o allegados)»¹⁰⁰.

En cuanto al *contenido*, el juez debe tener una serie de elementos a la hora de concretarlo así: la edad de los hijos¹⁰¹; las relaciones afectivas entre estos y los padres; las relaciones cordiales o no entre los progenitores; la vivienda que ocupe el titular del derecho de visitas reúne las condiciones necesarias para el desarrollo de tal derecho y, asimismo, permita al hijo pernoctar o no en ella; el régimen escolar y régimen laboral de los progenitores; si la residencia de los progenitores y el hijo está en la misma población o en distinta población o comunidad autónoma y la distancia entre ellas, o en otro país o continente¹⁰²; y la asunción de los gastos de desplazamiento que se generan para su cumplimiento¹⁰³. De todas formas, el régimen de visitas ha de ir precedido de la correspondiente exploración del menor y de los informes de los profesionales adecuados¹⁰⁴ y del Ministerio

Fiscal y tener siempre presente el interés superior del hijo y la posibilidad de ser oído para que puede expresar sus deseos y preferencias¹⁰⁵. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2013 declara que «la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense de ellos, sino que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor»¹⁰⁶.

En todo caso, resulta habitual que, en situaciones de cierta normalidad, el juez acuerde un régimen de visitas intersemanales, siempre que las actividades escolares o extraescolares lo permitan¹⁰⁷; también la posibilidad de desarrollarse los fines de semana¹⁰⁸, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano¹⁰⁹, o en días especiales como el día de Navidad o de Reyes, el cumpleaños del hijo, el cumpleaños de cada progenitor, el día del Padre, el día de la Madre¹¹⁰, o determinados acontecimientos familiares¹¹¹. Por otra parte, compete el juez determinar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho —*v.gr.*, en un punto de encuentro familiar¹¹² o en compañía de un tercero¹¹³ o familiar¹¹⁴; o en el Cuartel de la Guardia Civil¹¹⁵—, teniendo en cuenta para ello las circunstancias concurrentes del caso¹¹⁶, así como la posibilidad de un régimen progresivo¹¹⁷. Además, en la fijación del régimen de vistas puede intervenir el Servicio de Coordinación de Parentalidad, servicio este que tras entrevistarse con los progenitores y el menor, propondrán al juez los concretos días y el modo en que se llevarán a cabo. Este Servicio de Coordinación de Parentalidad se podrá volver a reunir con los progenitores y el menor y antes de remitir un informe al juzgado sobre la conveniencia de mantener, suprimir, reducir o ampliar las visitas¹¹⁸. O, el también llamado Gabinete de Orientación Familiar, dejando en todo caso a salvo en el curso de esta intervención la voluntad de la menor de mantener o no contacto con el padre¹¹⁹. O mediante el establecimiento de un Programa de Apoyo e Intervención familiar con el padre o la madre no custodia a fin de corregir las carencias y deficiencias observadas en relación con el cuidado y atención de sus hijos¹²⁰.

Por otra parte, la determinación del régimen de visitas de los hijos menores de edad representa una facultad discrecional del juzgador no revisable en casación, a menos que en las actuaciones figuren graves circunstancias que aconsejen otra cosa. En todo caso, la delimitación de la realidad familiar determina a la hora de concretar el régimen de visitas, cuál es el interés de menor, lo que tampoco tiene aspecto casacional¹²¹. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de julio de 2015¹²² recuerda que «el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor, el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre. El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos. En el caso actual no es posible revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida porque los criterios utilizados no son contrarios al interés del niño. Será, o habrá sido, en ejecución de la sentencia, a la que se remite el juzgado, donde se habrá evaluado la evolución del padre y su capacidad para hacerse cargo en el momento actual del menor en la forma en que la misma establece. El interés del menor se haya protegido en el momento que se comprueba que el padre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia».

En este contexto, son dos los criterios de ponderación en la determinación del régimen de visitas: el interés superior del menor (arts. 92 CC y 39 de la Constitución española) —que ha de prevalecer frente a los de sus progenitores—¹²³; y el reparto equitativo entre los progenitores de los gastos de traslado, cuando ambos residan en localidades distantes atendiendo a su capacidad económica y demás circunstancias personales [arts. 90 c) y 91 CC]. De forma que, ambos progenitores sufraguen los costes de trasladados de forma equilibrada y proporcionada, como hemos indicado, a su capacidad económica, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.¹²⁴. En todo caso, en ocasiones, para determinar el criterio que contribuya a clarificar la cuestión se establece un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación. En base a ello, para la determinación de quién es el obligado a trasladada y retornar al menor al domicilio de cada uno de los progenitores se ha de estar, al deseable acuerdo de las partes, en tanto no se perjudique el interés del menor, y en su defecto, cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita y el custodio lo retornará a su domicilio. Este se puede considerar el sistema normal o habitual. Subsidiariamente, cuando a la visita de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponde con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno por uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables¹²⁵. En todo caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, puede corresponder los gastos de desplazamiento a ambos progenitores o a uno solo de ellos —el progenitor custodio o no custodio—¹²⁶; y, utilizar, al respecto, diferentes medios de transportes¹²⁷.

Asimismo, se concreta como base esencial en la determinación del régimen de visitas, la voluntariedad y autonomía decisoria —grado de madurez suficiente— del hijo menor¹²⁸ y los acuerdos de las partes al respecto¹²⁹. Precisamente, cuando se llega a una edad cercana a la mayoría de edad, resulta más difícil fijar un sistema rígido y obligado de relaciones personales entre progenitor e hijo/a¹³⁰. Por otra parte, en la concreción del régimen de visitas debe regir el principio de conseguir la mayor estabilidad posible de los menores¹³¹, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio en la situación material o emocional pueden ocasionar en la personalidad del menor y en su desarrollo futuro al ser los dos elementos generales de ponderación del interés superior del menor¹³². En ocasiones, la ruptura de la comunicación entre el padre y el hijo tiene su origen exclusivamente en la actitud y comportamiento de este y no necesariamente en la influencia del menor por el otro progenitor (síndrome de alienación parental —SAP—)¹³³. Y, a veces, se exige una terapia obligatoria del propio menor que, permita un desarrollo del régimen relacional condicionado a que el padre/madre demuestre progresos en el ejercicio de su cualidad paternofilial y permita una gestión adecuada de las capacidades parentales, orientadas a cubrir las necesidades del hijo/a menor de edad¹³⁴.

Ahora bien, el régimen de visitas puede incluir, además del concepto de visitas en sentido estricto¹³⁵, el derecho del progenitor no custodio a pernoctar con su hijo común durante las visitas; lo que forma parte del concepto estancia¹³⁶,

o no proceder dicha pernocta¹³⁷; y la comunicación de cualquier tipo: epistolar, telefónica, por whatsapp, correo electrónico, entre otros¹³⁸. Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.^a, de 27 de enero de 2020¹³⁹ que, además, de considerar el régimen de vistas y de comunicación trascendental para el desarrollo del menor, en ningún caso ha de ser incondicionado en su ejercicio, sino subordinar al interés y beneficio del menor y, en este caso, no se suspende, ni se limita el derecho de comunicación de la menor con su padre, sino que este se ha de establecer, en atención a la edad de la menor, conforme el libre albedrío entre ellos, concretándose en la práctica en la forma que ambos tengan por conveniente. Asimismo, se ha indicar que, el derecho de visitas alcanza a los hijos menores de edad —atendiendo al interés superior del menor— y, al hijo mayor discapacitado —atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias—¹⁴⁰.

Por otra parte, el régimen de visitas, además de no ser objeto de interpretación restrictiva, como hemos manifestado en líneas precedentes, tampoco tiene carácter excepcional¹⁴¹, lo que no impide que se pueda restringir en su contenido¹⁴²; y, ciertamente, solo cede en caso de darse un peligro concreto y real para la salud psíquica o moral del menor¹⁴³. En todo caso, ante la suspensión del derecho de visitas como consecuencia del Covid-19, se procede, una vez finalizado el período de estado de alarma y del consiguiente confinamiento, a compensar los días de visita suspendidos. Para ello, se debe proceder de forma equitativa e igualitaria. Lo que se trata con la compensación es de equilibrar una situación que por circunstancias de fuerza mayor se ha alterado; si bien, en perjuicio del padre del menor y de este mismo, que se ha visto privado de la compañía de su padre, durante un concreto período de tiempo en pandemia¹⁴⁴.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.^a, de 19 de octubre de 2022¹⁴⁵ reconoce el derecho a acumular vacaciones a un Guardia Civil en excedencia voluntaria por cuidado de hijos menores al entender que, pese a la excedencia, sí se genera derecho al disfrute de vacaciones del período anual anterior. Explica la sentencia que, la clave está en considerar que un guardia civil en situación de excedencia voluntaria es un «guardia civil suspenso», con el efecto que deja de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, pero a la vez, considerándose que es «el tiempo de servicio efectivo» el desempeño en el período anual que sirve para calcular el crédito de vacaciones anuales y el número de días de permiso por asuntos particulares al que se tiene derecho. A lo que, concluye la citada resolución que, negar la posibilidad de acumular vacaciones en excedencia por cuidado de como una de las situaciones que permite disfrutar de vacaciones durante «el período anual inmediatamente posterior» desincentivaría la implicación de funcionarios en este cometido familiar, con el indeseable efecto discriminatorio indirecto que ello supondría.

Ahora bien, la extensión del derecho de visitas se puede concretar en solo visitas en sentido estricto con una duración concreta y en períodos determinados, o bien en un sentido amplio en la que se incluyan estancia —pernocta— y comunicación; o concretar un régimen progresivo en varias etapas¹⁴⁶; o, en fin, el establecimiento de un amplio régimen de visitas y comunicación paterna que se traduce en un reparto casi igual de los tiempos de convivencia y equiparable en su alcance a una custodia compartida¹⁴⁷; o ampliarse en ejecución de sentencia en función de la evolución de las circunstancias familiares¹⁴⁸. Asimismo, en interés del menor se ha de respetar el principio de proporcionalidad, pretendiendo equilibrar en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores¹⁴⁹.

Sobre tales bases, el régimen de visitas existente puede modificarse, consistiendo en una ampliación o limitación, cuantitativa y cualitativa¹⁵⁰. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017¹⁵¹ se desaconseja modificar el sistema de visitas y custodia, ampliando aquel, ante una sentencia por una condena firme por delito de malos tratos al padre y señalamiento de juicio por quebrantamiento de medidas cautelar para el 14 de noviembre de 2017. Se valora el interés de la menor con exquisita ponderación, evitado someterla a riesgos innecesarios, máxime cuando las restricciones en el sistema de visitas son simplemente coyunturales, ampliándose en una segunda etapa, al cumplir la menor cuatro años, evento que se producirá en agosto de 2018.

En otras ocasiones, prospera la oposición a la acción ejecutiva, ante la situación de abuso del derecho que supone el ejercicio de tal acción por parte de la madre custodia. Así en el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 14 de diciembre de 2020¹⁵² no se advierte un incumplimiento reiterado y continuo en el progenitor paterno del régimen de visitas, ni la base sustentadora de la acción ejecutiva la cual sería un incumplimiento paterno reiterado en el tiempo del régimen de visitas, solicitado por la ejecutante. Por lo que, no se advierte tal incumplimiento, sino una falta de entendimiento y flexibilidad en los progenitores, especialmente en la progenitora custodia que es quien cuida y atiende a las niñas y dificulta su ejercicio y desarrollo en condiciones de sosiego y normalidad. De forma que el ejercicio de la acción ejecutiva por incumplimiento supone abuso del derecho que impide la prosperidad de la misma.

En fin, algunas veces un amplio régimen de visitas facilita la transición a una guarda y custodia compartida por cambio sustancial de las circunstancias dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron y que fijo la guarda y custodia monoparental¹⁵³. Al respecto, el artículo 776.3 de la LEC dispone al respecto que *«el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia»*.

Por otra parte, puede ser objeto de suspensión, temporal o definitiva, v.gr, como hemos indicado en líneas precedentes, cuando el padre o madre está en prisión¹⁵⁴ o en este caso, condicionarlo al acompañamiento de tercera persona y su posible revisión en caso de tercer grado del padre¹⁵⁵; o de supresión¹⁵⁶. Igualmente, puede no proceder o ser denegado desde un primer momento, al concurrir circunstancias que desaconsejan conceder este derecho al progenitor que lo solicita¹⁵⁷. El artículo 94.5 del Código Civil establece que: *«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»*.

3. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO ANTE SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO, VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA VICARIA. CONSTITUCIONALIDAD O NO DEL ARTÍCULO 94 APARTADO 4 DEL CÓDIGO CIVIL

La Ley 8/2021, de 2 de junio ha modificado, precisamente, este artículo 94 y ante casos de violencia intrafamiliar, posibilita que, se puede acordar la suspensión o el no establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. A tal fin, señala el apartado 4 del citado artículo 94 que, no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspen-

derá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial. En esta línea, la resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) «que toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y acto contra el interés superior del menor». Por su parte, el artículo 1.3 y 4 de la Ley Orgánica 1/2004 señala que: *«La violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Y, también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero* —quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia—. Y, el artículo 1.2 de la LOPIVI dispone que: *«se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar».*

La Organización Mundial de la Salud manifiesta que «la violencia de género es un gravísimo problema que vulnera los derechos humanos, con efectos en el ámbito sanitario, social, laboral y económico, un fenómeno que se extiende por todos los países, culturas, clases sociales y razas. La deseada igualdad de género aún es una utopía lejana y la pandemia pro coronavirus ha provocado una crisis económica que nos aleja aún más de ella, pues, afecta principalmente a las mujeres aumentando la brecha salarial».

A esto hay que añadir que, también ha afectado al pleno desarrollo e implementación de las medidas contemplada en el Pacto de Estado de Violencia de Género alcanzado a finales de 2017. Si bien, nuestra sociedad ha experimentado un cambio positivo, concienciándose de la necesidad por alcanzar la efectiva y real igualdad de género en todos los ámbitos. Se rechaza unánimemente la violencia, especialmente la que vulnera la libertad sexual de las mujeres, esa violencia sexual que ataca prioritariamente a las mujeres y a las niñas y que ha sido abordada en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad

sexual, no con los resultados deseados y esperados a la vista de la reducción de condenas o excarcelación de violadores, pederastas y agresores sexuales que está originando su aplicación y que exige una reforma inmediata de la misma¹⁵⁸.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de junio de 2009 (caso *Opuz c. Turquía*) consideró que la violencia sufrida por la demandante alcanzaba un nivel de gravedad suficiente como para poder ser calificada de «trato inhumano» en los términos del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, el Tribunal Europeo estableció, por primera vez, que los actos de violencia doméstica no solo eran constitutivos de violación de diversos preceptos de la citada Convención, sino también del principio de no discriminación en el disfrute de esos derechos recogidos en el artículo 14 de la misma.

En consecuencia, sobre tales bases y operando sobre el establecimiento de un derecho de visitas, este no procede: 1. Si el progenitor está 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. Basta la existencia de un proceso en cualquiera de sus fases procesales, sin aun sentencia condenatoria. Ante esta situación o el juez civil se limita a suspender el derecho de visitas aplicando automáticamente la norma, u opta ante la pendencia de un proceso penal por la regla excepcional prevista también en la norma de valorar para su concesión, si responde al interés del menor y previa evaluación de la relación paternofilial. Todo ello de forma motivada; 2. Tampoco procede cuando haya indicios fundados de violencia doméstica o de género para la autoridad judicial que sustancia un proceso de nulidad, separación o divorcio. En este supuesto, no existe proceso penal alguno que se haya iniciado contra el progenitor, sino solo indicios fundados de violencia de género o doméstica deducida de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas; respecto de los que ha de partir el juez civil para fundar su propia resolución judicial que, al igual que, en el supuesto anterior puede: suspender tal derecho de visitas —relaciones personales en sentido amplio—, o determinar su posible adopción en base al interés del menor y la evaluación de la relación paterno-filial —en resolución motivada—. Se ha de tratar de indicios que han de ser lo suficientemente fundados (motivados con razón, justificados, fundamentados) para proceder en los términos indicados; 3. En caso de condena penal del progenitor y en prisión¹⁵⁹.

El derecho de visitas debe estar subordinado, como tantas veces hemos reiterado, al interés y beneficio del menor y en este sentido protecciónista se manifiesta bien claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en cuanto en su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padres, cuando conforme a la Ley y procedimiento aplicables, tal separación sea necesaria, en interés superior del niño y este sentido la LOPJM sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, aplicable por tanto al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que, han de adoptarse aquellas medidas que sean adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues, progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda más convenirle para su integridad tanto familiar como social. El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor y en este punto se ha pronunciado el Parlamento Europeo

el 17 de noviembre de 1992 aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviese la misma nacionalidad para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo, si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005¹⁶⁰ tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula la jurisdicción civil en cuanto a los hechos declarados probados y, los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para este puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias, como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visitas; respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establecen con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes.

En esta línea, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de noviembre de 2015 se 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 otros de los hijos, valorando los *factores de riesgo existentes*¹⁶¹. Ciertamente, el Alto Tribunal opera sobre un concepto jurídico indeterminado «factores de riesgo existente», muy en la línea de la redacción del artículo 94 del Código Civil en la citada fecha de la resolución y el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004¹⁶².

Asimismo, teniendo presente que, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso que no pueda respetarse todos los intereses legítimos concurrentes deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Por lo que, este mismo Alto Tribunal y Sala, en sentencia de 11 de febrero de 2011¹⁶³ mantuvo la suspensión del régimen de visitas, dada la situación de violencia deducible de una orden de protección. Igualmente, en la sentencia de 13 de febrero de 2015¹⁶⁴, en un supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala de lo Civil, la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022¹⁶⁵ ha suspendido el régimen de visitas entre un padre condenado por violencia de género contra su mujer, con la agravante de reincidencia y su hija de cuatro años, al entender que los «desajuste psicológicos» que el progenitor padece actualmente le impiden desempeñar su rol paterno.

El tribunal indica que, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, en este caso el interés de la niña exige la suspensión del régimen de comunicación establecido, sin perjuicio que esta medida se revise si se constata un cambio de las actuales circunstancias. La sentencia explica que el padre deberá «si tiene un propósito serio y real de comunicarse con su hija, controlar sus impulsos y su situación de dominio derivada de una violencia de género no superada, que constituye un pésimo modelo y un manifiesto óbice de idoneidad para desempeñar el rol paterno, con respecto a una niña de cuatro años». La Sala estima el recurso de casación interpuesto por la madre de la menor en el que solicitaba la suspensión del régimen de visitas del padre e hija, que estaba fijado en dos visitas semanales de hora a hora y media de duración y tuteladas en el punto de encuentro familiar. Un juzgado de Granadilla de Abona (Tenerife) estableció este régimen para cuando el padre saliese de prisión, donde cumplía condena por delitos continuados de

quebrantamiento de condena, maltrato y de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género, con la agravante de reincidencia en los dos últimos delitos.

La Audiencia Provincial de Tenerife confirma la sentencia de instancia y justifica la decisión de mantener el régimen de comunicación padre-hija, en que, pese a las graves circunstancias que concurren en el demandado, eran unas visitas de muy escasa duración, en un punto de encuentro y tuteladas, por lo que consideró que esas precauciones eran suficientes para evitar cualquier perjuicio para la niña y para que se normalizaran con el tiempo las relaciones paternofiliales. La sentencia recurrida ha sido anulada por el Tribunal Supremo. De todas formas, la Sala parte de los episodios de violencia de género y afirma que implican «un desprecio por la persona más importante en la vida de la menor, en una situación que además no se encuentra superada, como consta en el informe psicológico elaborado, del que resulta que el demandado reacciona de manera verbalmente violenta hacia la madre de la niña, mostrando patente, actual y persistente rechazo hacia ella». Añade que «su problemática de pareja se halla enquistada y su modelo de comportamiento previo incide peyorativamente en la asunción del rol paterno con riesgos para la menor por la desfiguración inducida a la que, además, puede verse afectada sobre la consideración y estima que tiene sobre su madre».

La sentencia, ponencia del magistrado José Luis Seoane, señala que en el informe del punto de encuentro consta que el progenitor es una persona agresiva y que no está garantizada la integridad de la menor en su compañía sin supervisión. Recuerda que en su exploración psicológica se describe como impulsivo y agresivo con problema con alcohol y que a los 17 años ya era politoxicómano, relatando episodios violentes en los que se ha visto inmerso. En el informe psicológico, según la sentencia, consta que se encuentra furioso la mayor parte del tiempo y expresa libremente su ira y hostilidad. Se refiere también a que constan antecedentes de tratamiento psiquiátrico desde los 10 años, y que no resulta acreditado que, actualmente, siga con las indicaciones terapéuticas y farmacológicas que le fueron pautadas. El peritaje concluye —como precisa la sentencia— que presenta desajustes psicológicos que no le permiten proporcionar a su hija los recursos emocionales, cognitivos y conductuales necesarios para afrontar, de forma flexible y adaptativa, su ejercicio parental, por la comunicación con su hija debía ser supervisada, en su caso, por técnicos especializados.

Asimismo, la Sala describe que el padre no ha manifestado interés por mantener los contactos con su hija y que sus relaciones con ella, antes de la judicialización del conflicto, eran realmente escasas, como el propio demandado reconoce. Agrega que no se personó en el procedimiento «con lo que demuestra nulo interés por el establecimiento de un régimen de comunicación con su hija, que observa, con reticencias y mala disposición, como si fuera una suerte de obligación judicialmente impuesta. No concurren, en este caso, lazos afectivos y de apego seguro entre padre e hija».

En fin, la sentencia subraya que «los graves desajustes psicológicos que el padre actualmente padece determinan su carencia para asumir funciones parentales, lo que coloca a la menor en una situación de vulnerabilidad, por la repercusión negativa, sobre su persona, cuando, además, por su corta edad, carece de los resortes precisos para controlar una situación de tal naturaleza. No vemos, por consiguiente, que en este concreto proceso, por el conjunto de las circunstancias antes expuestas, no extrapolables a otros casos, el interés preferente de la menor conlleve el mantenimiento del régimen de comunicación predeterminado con su padre del que, además, reniega». Por ello, el padre deberá, si tiene un propósito

serio y real de comunicarse con su hija, controlar sus impulsos y su situación de dominio derivada de una violencia de género no superada, que constituye un pésimo modelo y un manifiesto óbice de idoneidad para desempeñar el rol paterno, con respecto a una niña de cuatro años. Por lo que, no se considera, «en el contexto descrito, que deba alterarse el orden lógico de las cosas y, de esta manera, comprobar la evolución del padre en los contactos supervisados con su hija, asumiendo esta los peligros ciertos que, para el desarrollo futuro de su personalidad, padezca, derivados de la falta de habilidades y condicionantes de la personalidad de su progenitor, en vez de que, sea este, previamente, quien supere los actuales factores de riesgo que, notoriamente, concurren en su persona, para asumir el rol del padre en beneficio de la menor, aceptando el sometimiento a los tratamiento que precisa para superar las disfunciones que padece a los efectos de disfrutar un régimen de comunicación con su hija que le sea beneficioso a la niña y querido por su progenitor».

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017¹⁶⁶ en la sentencia recurrida se valora de forma extensa la situación de malos tratos que, entonces no se había enjuiciado; de forma que se desaconsejaba cambiar el sistema de visitas y custodia. Las lesiones resultantes de la que fue objeto su esposa, quedaron constatadas medicamente y originadas en un enfrentamiento desencadenado por el hoy recurrente. Si bien, a la vista de ello, no se infringe la doctrina casacional, pues, en la sentencia recurrida se valora el interés de la menor con exquisita ponderación, evitando someterla a riegos innecesarios, máxime cuando las restricciones en el sistema de visitas son simplemente coyunturales, ampliándose en una segunda etapa, al cumplir la menor cuatro años, evento que se producirá en agosto de 2018. Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 29 de junio de 2012¹⁶⁷ en un padre condenado por un delito de violencia contra la madre y atendiendo a la doctrina que el recurso de casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, aplicando a este caso, puesto que la sentencia de la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés del menor que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de visitas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las visitas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodio que pueda perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses como el manifestado por la madre. Por lo que, resulta procedente la modificación del derecho de visitas (art. 90.3 CC).

Ahora bien, como ocurre con la guarda y custodia compartida, esta situación de pendencia de proceso penal, o de la existencia de indicios fundados, en que aún no existe sentencia judicial puede resultar un tanto «incompatible» con la presunción de inocencia del progenitor denunciado, su derecho de defensa y la falta de garantías propias de un proceso penal —al operar en un proceso civil—; lo que genera cierta inseguridad jurídica, si luego resulta no condenado¹⁶⁸. De ahí que, el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles, sección 7.^a, mediante auto de 22 de marzo de 2022¹⁶⁹ haya planteado cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil por vulnerar lo establecido en los artículos 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 de la Constitución española y, asimismo, queda en suspenso la decisión sobre el fondo del asunto en tanto no se resuelve la presente cuestión de inconstitucionalidad. Respecto de la vulneración del citado artículo 10.1 considera la juzgadora que el precepto de aplicación (art. 94.4 CC),

precisamente, vulnera el derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden público y de la paz social. Evidentemente, cuando el trato con un progenitor puede ser pernicioso para el menor, el superior interés de este hace ceder el derecho reconocido en los tratados internacionales y en la propia Constitución a relacionarse con su progenitor. El precepto de aplicación no sería, a juicio de la juzgadora, inconstitucional si no impusiera el juez la obligación de suspender las comunicaciones y estancias con el progenitor incuso en un procedimiento penal por atentar contra la integridad física del menor, y que no queda satisfactoriamente salvado por la potestad del juez de razonar motivadamente la inaplicación de la norma, eliminando aparentemente su rigor. Hay que destacar que el libre desarrollo de la personalidad de un menor está íntimamente relacionado con el desarrollo afectivo y educativo que sus padres les proporcionan, contribuyendo estos por igual, cada uno con sus roles y con sus diferentes aportaciones a la formación de su personalidad. Privarle de contacto automático con uno de ellos sin justificación, atenta contra el derecho del menor. En cuanto a la posible vulneración del artículo 14 se argumenta que el precepto de aplicación vulnera el derecho a la igualdad de los menores que ven cercenado su derecho a disfrutar de la compañía de sus padres sin justificación alguna y excluyendo o limitando hasta el extremo el control judicial. Los menores tienen derecho a relacionarse en condiciones de igualdad con cada uno de ellos, salvo que el superior interés de estos aconseje la limitación de este derecho con alguno de los progenitores, lo cual debe ser examinado por el juez con plena libertad de decisión.

Respecto a la posible vulneración del artículo 24.2 y relación con la independencia del artículo 117 ambos de la Constitución española la juzgadora considera que el precepto de aplicación vulnera el derecho a la presunción de inocencia, al establecer de forma automática una sanción civil a la investigación de un delito. Si bien, la privación del derecho a las visitas y estancias con los hijos puede ser acordada como medida cautelar en el procedimiento de instrucción que se siga, en este caso, la adopción de la medida cautelar estaría plenamente justificada por obedecer a una decisión judicial libremente tomada atendiendo al juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad tras el examen de los indicios probatorios existentes en la instrucción. Por el contrario, en el caso del artículo 94.4, no nos hallamos ante una medida cautelar personal de carácter penal sino ante la consecuencia jurídica automática de la aplicación al supuesto de hecho de una norma civil. Dicha consecuencia jurídica tiene índole sancionadora, por privar de un derecho constitucional al investigado (el derecho a relacionarse con su hijo del artículo 39.2 de la Constitución española), sin atender al principio de presunción de inocencia. El juez civil, con independencia de lo que se haya actuado en la investigación penal, está obligado a adoptar una consecuencia jurídica automática de índole sancionadora, aplicando la privación de un derecho a la mera investigación, conculcando, en opinión de la juzgadora, el derecho a la presunción de inocencia. Ciertamente, entiende la juzgadora, que el legislador pareciera como si en realidad pretendiera apartar a los jueces de la decisión, imponiéndoles un automatismo legal en sus decisiones, algo que ya fue reprochado por el Alto Tribunal al que se dirige en sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 85/2012, de 17 de octubre, en la que se declaró nulo el inciso «favorable», al considerar que la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal, del artículo 92.8 del Código Civil era contraria a lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución española, pues, limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que este precepto otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial así como que la vinculación

del juez al informe del fiscal infringe el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española, pues, al depender el pronunciamiento judicial de tal dictamen, menoscaba el derecho a obtener una resolución. Con el actual precepto se impone al juez la práctica de determinadas pruebas de forma preceptiva y le obliga a motivar el mantenimiento de un derecho, algo inaudito en nuestra jurisprudencia constitucional.

Respecto a la posible vulneración del artículo 39.1 y 39.2 de la Constitución española, consagra el principio de superior interés del menor que debe guiar toda actuación judicial. Con la redacción del artículo de aplicación al caso (art. 94.4 CC) se excluye la protección de la familia y el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, institucionalizado un automatismo en la decisión judicial objetivamente contrario al superior interés del menor, que no puede ser valorado. Por ley se elude el control judicial efectivo por cuanto se deja escaso arbitrio al juez, que debe motivar el mantenimiento del derecho de los integrantes de la familia a relacionarse entre sí en lugar de obligar a motivar su privación. Además, la aplicación del referido precepto contraviene lo establecido en el artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos interpretando el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que ha insistido en declarar que para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento esencial de la vida familiar.

Finalmente, la posible vulneración del artículo 81.1 supone, como señala la juzgadora, que el Código Civil tiene rango de ley y la Ley 8/2021, de 2 de junio tiene el mismo rango, al contener el artículo 94.4 una previsión de índole sancionadora que afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, debió a su entender, haberse aprobado por Ley Orgánica. No es comprensible que, habiéndose publicado la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, dos días después de la ley que modificó el artículo 94 del Código Civil, no se haya incorporado la reforma a esta segunda ley que, además, por la materia tiene mayor relación con la reforma operada por la Ley ordinaria. Carece de sentido que se modifique por ley ordinaria en lugar de por Ley Orgánica, si no fuera porque el legislador no contara con mayoría suficiente para la modificación del precepto; lo cual no justifica la elusión del mandato constitucional.

En este contexto, procede señalar que, si se diera el caso, precisamente, que se le ha privado del derecho de visitas por operar sobre los dos supuestos legales previstos en el artículo 94.4 del Código Civil; deberá el progenitor inocente solicitar una modificación de las medidas definitivas adoptadas. De todas formas, el artículo 775.1 y 2 de la LEC también legitima al Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, para solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas —como sucede en este caso—. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770 de la citada Ley adjetiva¹⁷⁰.

Por otra parte, como hemos indicado, pese a los dos supuestos legales indicados, el mencionado artículo 94.4 *in fine* del Código Civil permite a la autoridad judicial civil establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y

preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Como curiosidad en este supuesto, si se hace oportuna referencia al derecho a comunicarse; a diferencia, recordemos, del apartado 1 de esta misma norma que la omite. Se opera por vía de excepción y mediante resolución motivada, siempre que se den los dos supuestos descritos en la norma de forma conjunta, ofreciendo con ello cierto margen de actuación a la autoridad judicial.

En todo caso, el mencionado artículo 770 de la LEC dispone al respecto que: «4.^a (...) *Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando. En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».*

Este derecho a ser oído o de audiencia de los hijos menores supone la comparecencia del menor en sede judicial y facilita al juez la valoración integral de la relación paterno-filial. Si bien, como se indica en la norma trascrita, excepcionalmente y cuando resulte necesario también se puede recabar el auxilio de especialistas.

No obstante lo expuesto, hemos de poner, asimismo, de manifiesto que, en caso de violencia de género, el juez podrá ordenar, incluso de oficio, como medida cautelar, la suspensión del régimen de visitas (art. 61.2 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004).

Por su parte, recordemos que, el apartado 5 del artículo 94 del Código Civil entiende que, no procede 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 atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos¹⁷¹.

Sobre tales bases, el artículo 160.1 del Código Civil, asimismo, prevé para el progenitor no custodio un derecho de visitas, comunicación o estancia con sus hijos menores, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad pública. Precisamente, a esta corresponde regular las visitas y comunicaciones que, se otorgan tanto los progenitores, como a los abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores que, se encuentren en situación de desamparo. Dentro de su competencia, puede en interés del menor acordar motivadamente la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal (art. 161 CC).

Por lo que, tanto el juez puede fijar un régimen de visitas, o no concederlo, suspender el ya existente, optar por un régimen progresivo de visitas; o, en fin, que se lleve a cabo en un punto de encuentro familiar, cuyo régimen jurídico y funcionamiento depende de cada comunidad autónoma.

Ahora bien, en esta línea y en el ámbito específico de la violencia de género señalar que: 1. Por un lado que, atendiendo al criterio general previsto en el ar-

título 2.2 c) de la LOPJM —la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia— el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 incluye a los menores como víctimas directas de la violencia de género; el artículo 61 de este misma Ley hace hincapié en la obligación de los jueces de adoptar, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, las medidas cautelares y de aseguramiento previstas en esta Ley Orgánica 1/2004, especialmente de las contenidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que, fueran precisas. Al respecto, el mencionado artículo 66 establece que, el juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. De no acordarse la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizar un seguimiento periódico de su evolución.

También, el juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse; en todo caso, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución (art. 65 de dicha Ley Orgánica).

Por otro lado, las Administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género, garantizando la detección de estos casos y su respuesta específica, que garantice la plena protección de sus derechos. Así, las actuaciones de las Administraciones públicas deben producirse de una forma integral, contemplando conjuntamente la recuperación de la persona menor de edad y de la madre, ambas víctimas de la violencia de género. Concretamente, se garantiza el apoyo necesario para que las niñas, niños y adolescentes, de cara a su protección, atención especializada y recuperación, permanezcan con la mujer, salvo si ello, es contrario a su interés superior. Ciertamente, en el hogar familiar los menores pueden ser víctimas directas de la violencia de género, o sufrirla indirectamente a través de la que se ejerce sobre sus madres por sus padres.

Para ello, los servicios sociales y de protección de la infancia y adolescencia asegurarán: a) La detección y la respuesta específica a las situaciones de violencia de género; y, b) La derivación y la coordinación con los servicios de atención especializada a menores de edad víctimas de violencia de género.

Asimismo, se seguirán las pautas de actuación establecidas en los protocolos que en materia de violencia de género tienen los diferentes organismos sanitarios, policiales, educativos, judiciales y de igualdad (art. 29 de la LOPIVI).

Ahora bien, en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, como indicamos en líneas precedentes, existen expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad: una se encuentra en el artículo 55 que se prevé como potestativa y con naturaleza accesoria para todo tipo de

condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad¹⁷². No obstante, se puede imponer como pena principal para el supuesto que se trata y el juez, podrá además de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubiesen tenido relación directa con el delito cometido¹⁷³. Vinculación que deberá determinarse expresamente en la sentencia; y, otra proceden del texto original de la Ley Orgánica 10/1995 se encuentran en los artículo 192 relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, artículos 226 delitos contra las relaciones familiares y, en el artículo 233, también dentro del mismo título —que se refiere a la imposición de la pena de inhabilitación especial para los delitos previstos en los artículos 229 al 232—. En estos casos, su imposición no es vinculante, sino potestativa lo que exige una específica motivación. Asimismo, se impone como obligatoria la pena de inhabilitación de la patria potestad para los supuestos de homicidio, en cualquiera de sus formas, cuando el condenado ha dado muerte al otro progenitor del menor o alguno de sus hermanos o hermanas (art. 140 bis). Asimismo, en el caso que se haya impuesto la pena de privación de la patria potestad, ello implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo solo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto. Si bien, la autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada (art. 46). En todo caso, se prevé la pena de inhabilitación de la patria potestad para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 192.3).

Respecto a las medidas cautelares previstas en el procedimiento penal y en el procedimiento civil, el artículo 544 ter apartados 6 y 7 de la LECrim —reformado por esta Ley Orgánica 8/2021— establece, al respecto, sobre las medidas cautelares que se pueden adoptar de carácter penal, civil —solicitadas por la propia víctima menor de edad o adolescentes— y las medidas de contenido penal y en su caso civil que se pueden tomar en caso de la existencia de una orden de protección por el juez instructor ante un caso de violencia de género o doméstica, así dispone el citado precepto en el apartado 6 que: «*las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento*».

Se trata de medidas cautelares de orden civil que el juez penal puede adoptar. Ciertamente, cualquiera de estas medidas están destinadas a la protección de los hijos/as; y, forman parte del conjunto de medidas que permiten al juez penal acordar en la orden de protección, «coligadas» al procedimiento penal.

En cuanto a *las medidas de naturaleza civil*, referidas en el apartado 7 de tal artículo 544 ter, cuando no han sido adoptadas en el seno de un proceso civil, pueden ser acordadas en el curso de un proceso penal deberán ser solicitadas *por la víctima* o su representante legal, o bien por el *Ministerio Fiscal* cuando

existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.

En todo caso, cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Por lo que, tales medidas pueden ser solicitadas por la víctima o su representante legal, el Ministerio Fiscal o el juez de oficio.

Estas *medidas podrán consistir*: 1. En la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho; 2. En la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; 3. En determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección; y, 4. El régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Respecto a la suspensión del *régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él*, se especifica que, se adoptará cuando: 1. Se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal, como analizaremos en el siguiente apartado; y, 2. Existan indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si bien, se diera el supuesto que, dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente (art. 544 ter.⁷ apartados 3 y 4 de la LE⁷Crim). En todo caso, puede no tener lugar en este contexto la suspensión del régimen de visitas, comunicación o estancia, si el juez decide fijarlas o mantenerlas mediante resolución motivada fundada en interés del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial (art. 94.4 *in fine* CC).

De todas formas, recordemos que, también se otorga al juez civil la opción de suspender la patria potestad, la guarda y custodia, y el régimen de visitas cuando los hechos violentos tienen lugar en el entorno familiar (arts. 92.7 y 158 CC). Si bien, en todos los supuestos apuntados la LOPIVI no ha optado por dejar margen de actuación al juez atendiendo al caso concreto, sino que ha optado por la normativización de la obligación, por ejemplo, de suspender el régimen de visitas.

Por otra parte, el régimen de comunicación y visitas de los progenitores y los hijos e hijas menores en casos de ruptura de la relación conyugal (art. 94 CC) y las condiciones de ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC) en contextos familiares en que alguno de los progenitores, en particular, las madres son víctimas de violencia por parte de sus parejas o exparejas y padres de los menores tiene

reflejo normativo en la legislación foral o especial: así en el artículo 236 apartado quinto de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, se establecía que la autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes, si la relación puede perjudicar el interés de los hijos, o si existe justa causa, concurriendo esta siempre que los menores son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista. El actual artículo 236-5 apartado 1 del Código Civil catalán mantiene la redacción, suprimiendo tan sólo la referencia a la existencia de justa causa y su operatividad.

En el artículo 3 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, se limita al juez la posibilidad de atribuir la custodia compartida o individual cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor. La norma dice expresamente que en estos casos «no procederá» la atribución de la guarda y custodia, que tampoco lo hará cuando el juez advierta, en las alegaciones de las partes y en las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

El artículo 80, apartado seis del Código Civil de Aragón determina que, no cabe la atribución de la guarda y custodia, sea individual o sea compartida, al 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

Y, en el artículo 11 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que «no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal». Y continúa, previendo un sistema de medidas cautelares coherente con la previsión que antecede: «En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente».

También se hace oportuna referencia de tal necesidad en un dictamen del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, fechado el 18 de julio de 2014, y condenatorio del Estado español (asunto Ángela González Carreño), recomienda a nuestro país «tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos».

Tras ello, la Ley Orgánica 8/2015, recordemos, dio nueva redacción al artículo 1.2 LOVG para reconocer expresamente que los menores también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares. Lo mismo que, había hecho previamente el artículo 10 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. También en el año 2015, se modifican por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los artículos 153.2 y 173.2 del Código Penal para formular la protección penal directa de las víctimas menores.

Por su parte, La Ley 4/2015, de 27 de abril modifica el artículo 544 *ter* de la LECr, referido a las órdenes de protección de las víctimas de violencia de género, estableciendo en el apartado siete, en relación con las medidas cautelares de naturaleza civil, que «*cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios*».

Por lo que, hace al régimen de relaciones parentales la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como bien indicamos, modifica los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004. En su primera redacción estos preveían que el órgano judicial pudiera suspender con carácter cautelar o definitivo el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, o el régimen de visitas por parte del inculpado por violencia de género, y respecto de los menores de él dependientes. La modificación de 2015 establece, reiterando las previsiones anteriores, que el órgano judicial podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de las facultades vinculadas a la responsabilidad parental respecto de los menores que dependan de él, pero añade además que si no adopta esta decisión deberá pronunciarse, en función del supuesto concreto, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o guarda de hecho, o el régimen de estancia, relación o comunicación de los menores que dependan de él.

En este panorama legislativo, como indicamos en líneas precedentes, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015¹⁷⁴ fijó como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato a su cónyuge, al menor o a alguno de sus hermanos, valorando los factores de riesgo existentes.

En la XII legislatura se aprueba por asentimiento una propuesta presentada a instancia de los grupos parlamentarios Popular en el Congreso, Socialista, Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, Ciudadanos, de Esquerra Republicana, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto, de crear, en el seno de la Comisión de Igualdad, una subcomisión para estudiar la elaboración de un pacto de Estado en materia de violencia de género. La subcomisión será creada por el Pleno del Congreso en su sesión de 21 de diciembre de 2016 («BOCG» de 30 de diciembre de 2016). El 28 de septiembre de 2017 se aprobaría el informe de la subcomisión por unanimidad del Pleno del Congreso de los Diputados, resultando de ese texto el pacto de Estado que firmaron los distintos grupos parlamentarios (entre los que todavía no se encontraba el de pertenencia de los recurrentes en el presente proceso constitucional), ratificándolo las comunidades autónomas y las entidades locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias en diciembre del mismo año.

El eje cuarto del pacto se refiere a la intensificación de la asistencia y protección específica de los menores, lo que parte de su reconocimiento como víctimas directas y propone, entre otras cosas, la revisión de las medidas civiles relativas a la custodia de los menores, apuntando en la línea marcada por la legislación foral. En este marco, la medida 204 propone «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 Ley Orgánica 1/2004». Y, por su parte, la medida 207 dispone «desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, modificar el artículo 156 del Código Civil para que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando exista sentencia firme o hubiera una causa penal en curso por malos tratos o abusos sexuales». Resulta sencillo identificar que son estas dos medidas las que se llevan a los apartados 10 y 19 del artículo segundo de la Ley 8/2021.

A) *Planteamiento de recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 apartado 4 del Código Civil. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, sección Pleno, de 13 de septiembre de 2022*

En este contexto, procede señalar que, mediante escrito presentado en el registro de este tribunal el día 3 de septiembre de 2021, más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, presentaron recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 2.10 y 19 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El recurso de inconstitucionalidad inicia su razonamiento destacando el carácter injustificado de la reforma normativa que cuestiona, al considerar que las normas impugnadas nada tienen que ver con la modificación que la Ley 8/2021 implementa y, menos aún, con la adecuación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, a la que se alude en el preámbulo como justificación de la reforma. Existe, a juicio de los recurrentes, una total desconexión de los preceptos cuestionados con la finalidad perseguida por la Ley 8/2021, sin que en el preámbulo de la ley se justifique la introducción de los preceptos impugnados.

Tras dicha valoración, el recurso se estructura en dos partes diferenciadas que se refieren: a) a la inconstitucionalidad del artículo 2.10 de la Ley 8/2021, en la redacción que efectúa al artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil, por vulnerar los artículos 24, 117.3, 122 y 9.3 de la Constitución Española; b) a la inconstitucionalidad del artículo 2.19 de la misma Ley, en la redacción que confiere al artículo 156 párrafo segundo del Código Civil, por vulneración del artículo 117 de la Constitución española en relación con el artículo 39 de la Constitución española.

Después de reproducir el artículo 2.10 de la Ley 8/2021 e identificar el párrafo cuarto como el que constituye el objeto del recurso, indica que el precepto está destinado a regular las situaciones de conflicto que pueden plantearse con ocasión de la disolución matrimonial. Resalta que el artículo 39 de la Constitución española impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de

los hijos y de las madres, y señala que esa tutela que debe dispensar el poder público solo será efectiva si la supervisión y, en su caso, la resolución que haya de adoptarse, en caso de que no exista acuerdo, se atribuyen a los órganos que integran el poder judicial.

Considera que el primer inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, en la redacción que le otorga la reforma, cuando señala que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos», vulnera el artículo 177 de la Constitución Española en relación con el artículo 39 de la Constitución española y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 de la Constitución española). Tal infracción constitucional resulta al privar al progenitor de los derechos de visita o estancia de modo automático, por imposición legal, sin opción a que el juez pueda pronunciarse de modo distinto valorando lo más conveniente para los hijos menores. Se impide de este modo la efectividad del mandato constitucional por el que se impone a la autoridad judicial velar por la protección de los menores. El precepto «limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, en exclusiva, corresponde a los órganos integrantes en el poder judicial», y priva al progenitor que se considere lesionado en sus derechos de la posibilidad de recurrir la decisión que debiera haber adoptado el órgano judicial, privándole de este modo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española). En apoyo de su pretensión reproduce parte de los fundamentos jurídicos dos a siete de la STC 185/2012, de 17 de octubre, al considerar que se pronunció sobre un caso sustancialmente idéntico al ahora planteado.

Esas mismas vulneraciones —así como la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 de la CE)— le atribuye al segundo inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, en la redacción que le otorga la Ley 8/2021, cuando señala que «tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género». Considera que es un supuesto esencialmente idéntico al contemplado en el primer inciso, pues la privación de los derechos de visita y estancia del progenitor opera de forma automática por decisión del legislador, sin que la autoridad judicial resuelva a favor de la mejor opción para el interés del menor, a tenor de las peculiaridades del supuesto específico. Entiende que procede proyectar los mismos argumentos expuestos para sostener la inconstitucionalidad del primer inciso, pero «además en este segundo supuesto, se añade la vulneración de la reserva de ley orgánica, tal y como resulta de los artículos 81.1 y 122 de la Constitución española, así como del derecho al juez ordinario preeterminado por la ley, que consagra el artículo 24 de la Constitución española».

Entiende que, el precepto obliga al juez civil a pronunciarse acerca de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, cuando dicho pronunciamiento «solo se puede realizar por un órgano que pertenezca a la jurisdicción penal», a quien le corresponde además adoptar cuantas medidas considere precisas para proteger a menores y demás personas especialmente vulnerables. Asimismo, se señala que, se vulnera la reserva de ley orgánica (art. 81.1 de la Constitución española en relación con el artículo 122 de la Constitución española), al regular mediante ley ordinaria una materia propia de ley orgánica y modificar, sin rango suficiente lo que la ley orgánica había asumido como contenido propio y había regulado de modo diferente, refiriéndose en tal sentido al

carácter improrrogable de la jurisdicción (art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y a la atribución de asuntos al orden jurisdiccional penal (arts. 9.2 y 3 y 89 bis.2 de la LOPJ). Dicha regulación también vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la Constitución española), al no atribuirse la competencia al juez «ordinario», que es «aquel a quien, de modo natural, le correspondería su conocimiento», sin respetar la estructura jurisdiccional desarrollada por la LOPJ e imposibilitando la impugnación de la resolución por el progenitor afectado.

Por otra parte, considera que tanto el primero como el segundo inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, en la redacción que les otorga la Ley 8/2021, quebrantan el principio de seguridad jurídica al no definir con exactitud la situación jurídica a la que se atribuye efectos restrictivos. Centra dicha «incertidumbre insuperable», en que no es posible determinar, conforme a los términos en que se pronuncia la ley, ni por otra vía indirecta, cuando una persona se haya «incursa en un procedimiento penal iniciado», por lo que al progenitor le resulta imposible saber con carácter previo la razón determinante de la privación de derechos.

Igualmente, entiende que en nada altera lo argumentado el contenido del último inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil cuando refiere que «no obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial», pues la privación siempre será previa a la resolución que pudiera adoptar el órgano judicial al producirse de manera automática en el momento de verificarse el supuesto de hecho previsto en la ley. El deber constitucional de velar por el superior interés y beneficio del menor no admite *vacatio*, en que el interés del menor pueda sufrir las consecuencias de una decisión automatizada que prescinde de las circunstancias que le afectan.

En relación con la constitucionalidad del artículo 2.19 de la misma, en la redacción que confiere al artículo 156.2 del Código Civil precisa que vulnera el artículo 117 de la Constitución española en relación con el artículo 39 de la Constitución española. Sostiene, tras reproducir el contenido del precepto, que en el mismo se «prevé la privación automática de la patria potestad con relación al progenitor que se halle en determinadas circunstancias», omitiendo la intervención del órgano judicial. Más adelante indica que el precepto «contempla la privación automática y por efecto de la ley, de la facultad que corresponde al progenitor de participar en la toma de decisiones que le incumben en el ejercicio de la patria potestad», sin resolución judicial que le limite o prive de las facultades que le conciernen.

Desglosa tres supuestos contenidos en el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil: 1. El caso en el que se haya dictado una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal, considera que la única interpretación posible es que la sentencia condenatoria haya establecido una privación o limitación de las facultades de la patria potestad; 2. El supuesto en el que se haya «iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores»; y, 3. La circunstancia en la que «la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación». En estos dos últimos casos se infringen los artículos 117 y 39 de la Constitución española, al tratarse de una injerencia del legislador en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Entiende que, si se ha

iniciado un proceso penal, la adopción de cualquier medida en relación con la investigación de los hechos le corresponde al órgano judicial en consideración con el interés del menor. Afirma que no puede el legislador usurpar dicha función, sustituyendo el ejercicio de la potestad judicial por un automatismo impuesto sin consideración al interés del menor. Reprocha al precepto que dé preferencia a un progenitor por el mero hecho de estar recibiendo asistencia en un centro de violencia de género, único requisito que debe acreditar, prescindiendo de la resolución de un órgano judicial, adoptada en consideración al interés del menor y una vez oídas todas las partes implicadas.

En fin, por providencia de 7 de octubre de 2021, el Pleno, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados (art. 34 de la LOTC) al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, y al Gobierno, a través del ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes, así como la publicación de la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

Mediante sendos escritos de 19 de octubre de 2021, la presidenta del Congreso de los Diputados y el presidente del Senado comunicaron el acuerdo de la mesa, de aquella misma fecha, en orden a que se diera por personada a las respectivas Cámaras en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la LOTC.

Por escrito registrado el 28 de octubre de 2021, el Abogado del Estado se personó en el proceso en nombre del Gobierno y solicitó que se le concediera prórroga, por el máximo legal del plazo conferido para formular alegaciones. En diligencia de ordenación de 2 de noviembre siguiente, se le tuvo por personado en la representación que legalmente ostenta y se prorrogó en ocho días el plazo concedido por providencia de 7 de octubre de 2021, a contar desde el siguiente al de la expiración del ordinario.

Por escrito de 16 de noviembre de 2021, la Abogacía del Estado presentó su escrito de alegaciones solicitando que, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de inconstitucionalidad.

Pues bien, responde a dicho recurso de inconstitucionalidad la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 13 de septiembre de 2022¹⁷⁵, de la que ha sido ponente el magistrado Santiago Martínez-Vares García, indica que es obligado efectuar una lectura, que alejada del encorsetamiento en los dos primeros incisos del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, examine el precepto impugnado de modo conjunto y sistemático. Afirma la sentencia que el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal. Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas y comunicación a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor.

Por ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores.

La sentencia argumenta que el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que

se atribuye a un progenitor, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. El precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el tránscurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él, así como el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, pero también el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).

Por todo lo expuesto, debe descartarse la inconstitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil.

Se indica que los recurrentes reprochan a la expresión utilizada en el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 8/2021: «incurso en un proceso penal iniciado», un defecto de técnica legislativa, pues consideran que, si el precepto precisa aclarar que el proceso penal debe estar iniciado, es porque cabe la posibilidad de que el progenitor se halle incurso en un proceso penal no iniciado. A ello añaden que, no existe concepto legal que describa la situación de estar incurso en un proceso penal. Lo que vienen a cuestionar los recurrentes es la utilización de la expresión «estar incurso en un procedimiento penal», al considerar más reconocibles otras como denunciado, querellado, investigado, procesado. En efecto, los propios recurrentes, pese a afirmar de modo genérico que la indicada expresión «aboca a una incertidumbre insuperable», sostienen que «incurso en un proceso penal iniciado», puede tratar de excluir los supuestos en los que no se haya resuelto sobre la denuncia o querella. De este modo, admiten la posibilidad de que la cuestionada locución, al adjetivar «incurso en un proceso penal» con «iniciado», excluya los procedimientos penales pendientes de una decisión sobre su admisión. Por lo que, al margen de las dudas interpretativas que los recurrentes atribuyen al precepto, no está en entredicho la previsibilidad y certeza de la norma. Como hemos afirmado anteriormente el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal «juez de la calidad técnica de las leyes», en su triple dimensión de corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes.

En todo caso, la naturaleza de las medidas restrictivas de derechos contenidas en la norma cuestionada y su interpretación sistemática, permite afirmar que si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas, respecto del progenitor denunciado o querellado que hubiera sido imputado por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil señala que, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal.

Por lo expuesto, debe descartarse la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución española).

Por otra parte, se indica que, los recurrentes consideran que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, al atribuir a la jurisdicción civil el pronunciamiento acerca de la existencia de indicios de delito en lugar de a la jurisdicción

penal, que es a la que —a su juicio— le corresponde de modo «ordinario» por su vinculación «natural» con el objeto del litigio, ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE), y al hacerlo mediante ley ordinaria, ha menoscabado el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 de la Constitución española) modificando sin rango suficiente lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 9.2 y 3, y 89 *bis*.2 del LOPJ).

El planteamiento de los recurrentes lleva a recordar la doctrina que este tribunal ha establecido al interpretar el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (art. 24 de la Constitución española), y más en concreto a examinar tanto el concepto de «ordinario», que los recurrentes equiparan a «natural», así como la naturaleza de la norma a la que alude el artículo 24.2 de la Constitución española —«predeterminado por la ley»— en relación con los artículos 81.1 y 122 de la Constitución española, que los recurrentes consideran que debe tener carácter de orgánica.

El principio consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución española, en relación con el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley», significa desde luego la «garantía para el justiciable de una predeterminación del órgano judicial que ha de instruir, conocer y decidir (...) pero también indica que dicho ‘juez ordinario’ es el que se establezca por el legislador. Como ha venido sosteniendo este tribunal, el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, con generalidad y con anterioridad al caso, y que la composición de ese órgano venga determinada por la ley, (...) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (...). La Constitución prohíbe jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas» (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6).

La exigencia de «ordinario» desde un punto de vista negativo viene establecida «por el artículo 117.6 de la Constitución española cuando al declarar lapidariamente que “se prohíben los tribunales de excepción”, excluye la existencia de órganos judiciales que excepcionen el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 4). La doctrina de este tribunal es muy clara: «el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del juez *ad hoc* excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia» (STC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 1).

Asimismo, se afirma que la naturaleza de las medidas restrictivas de derechos contenidas en la norma cuestionada y su interpretación sistemática, permite señalar que si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas o estancias, respecto del progenitor denunciado o querellado que hubiera sido imputado formalmente por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil indica, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indicaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal, así como la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Finalmente, la sentencia también rechaza que la regulación del artículo 156.2 del Código Civil sea inconstitucional, pues ni se advierte, ni se argumenta en el recurso, que la atribución a uno de los progenitores de la decisión de que el menor sea asistido y atendido psicológicamente, informando previamente al otro, en los

supuestos que el precepto establece —caracterizados por un claro enfrentamiento y hostilidad entre ambos progenitores—, y por tanto, atendida la dificultad de alcanzar un acuerdo, sea irrazonable, desproporcionada, arbitraria, o contravenga el interés del menor (art. 39 de la Constitución española).

Se presentan votos particulares que, formulan la magistrada doña María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, el magistrado don Juan Antonio XIOL RÍOS y la magistrada doña Inmaculada MONTALBÁN HUERTAS, a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021. Al respecto, se manifiesta que, un voto particular puede discrepar tanto del fallo como de la argumentación del pronunciamiento a que se opone. Y aunque la práctica ha terminado por definir como voto particular al que se opone al fallo y como voto concurrente el que se opone a la argumentación, pero no al fallo, ambos son igualmente ilustrativos de la existencia de una diferencia de criterio en el Tribunal que resulta notable e insalvable, razón por la que no ha podido ser superada con la deliberación del texto finalmente aprobado por la mayoría. Ni uno, ni otro tipo de voto particular hacen perder eficacia al fallo, ni desmerecen su rigor. Pero, cualquiera de los dos, con la misma importancia, son como decía Francisco Tomás y Valiente «una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas».

El pronunciamiento del que disienten opta por aplicar el principio de conservación de la ley, desestimando el recurso de inconstitucionalidad planteado. Asume, en la línea de una jurisprudencia que se remonta a la STC 4/1981, de 2 de febrero, que «siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera» siempre que tales interpretaciones posibles sean igualmente razonables.

Las magistradas y el magistrado que firman el presente voto consideran plenamente aplicable este principio de conservación de la norma, que se vincula con un escrupuloso respeto al legislador democrático. Pero, también pensamos que, la interpretación constitucional no se define en términos dicotómicos de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que las aproximaciones que analizan el ajuste constitucional de una ley pueden ser distintas, y dependen del enfoque con el que se aborde el problema constitucional planteado. Dicho, en otros términos, puede haber más de una interpretación constitucional de una ley y, más de una aproximación distinta al juicio de inconstitucionalidad. La sentencia aprobada por la mayoría entiende que, hay una interpretación constitucional de la norma impugnada y que solo esa interpretación permite salvar la constitucionalidad de la norma y llegar a un fallo desestimatorio del recurso. Pero, a nuestro juicio, existe otra forma de interpretar la norma sometida a examen que admite llegar al mismo fallo, pero desde una perspectiva de género, que la sentencia aprobada ignora completamente, obviando de este modo la razón que llevó al legislador a la aprobación del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

A ello añaden que, no es posible ignorar que la norma impugnada surge en desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017. La sentencia lo asume en relación con el artículo 156 del Código Civil cuando, en el primer fundamento jurídico, reconoce que el primer inciso del párrafo segundo de este precepto fue introducido por el Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del pacto de Estado contra la violencia de género, retomando la Ley 8/2021 lo preceptuado en 2018 al contener una redacción completa del artículo 156 del Código Civil. Sin entrar a las consecuencias que la sentencia extrae de ello respecto del objeto del recurso, lo que sí es posible observar es que, reconociendo la conexión entre el contenido material de la norma impugnada y el pacto de Estado, la argumentación de la sentencia

obvia totalmente esa conexión de sentido y razona como si las medidas cuestionadas no tuvieran nada que ver con la protección de las madres de los niños y niñas víctimas de violencia de género. La sentencia elige una perspectiva de examen excluyente de la mujer, por más que cite el Convenio de Estambul en un par de ocasiones.

La reforma legislativa objeto de examen de constitucionalidad en esta sentencia, se realizó con el objetivo de abordar una dimensión muy concreta de la violencia contra las mujeres (que denominaremos aquí, para no alterar la nomenclatura del pacto, como violencia de género). Y ello supone, como tantas veces sucedió en el pasado, privar de visibilidad a las mujeres que, siendo madres, viven situaciones de violencia ejercida por sus parejas o exparejas y padres al tiempo de sus hijos e hijas. La sentencia que nos ocupa construye toda la argumentación en torno a los hijos e hijas y a la relación con sus padres, sin introducir en la reflexión el elemento esencial que mediatisa esa relación y que es la violencia contra la mujer. El principio feminista de que «lo que no se nombra no existe», es una exigencia universal que el feminismo particulariza para las mujeres e integra en su reivindicación de la igualdad como un elemento de importancia. Y, en esta sentencia, no se interioriza, por más que se cite el Pacto de Estado. No se nombra la violencia contra la mujer. Y no se considera que las medidas controvertidas tienen por finalidad no solo la protección de los hijos e hijas que viven sometidos a situaciones de violencia directa o indirecta, sino la protección de sus madres que pueden sufrir, a través del trato que los padres dispensan a los menores, situaciones de violencia vicaria en distinto grado de intensidad.

Por estas razones, y las que a continuación se detallan, las magistradas y el magistrado que suscribimos el presente voto particular rechazamos la argumentación empleada por la mayoría, que da un significado a la dicción literal del precepto cuestionado que se aparta de toda lógica condicional, que ignora la perspectiva de género y que limita el alcance normativo del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil y del inciso segundo del artículo 156 del Código Civil.

Ahora bien, aunque el disenso en la argumentación tiene que ver con la ausencia de enfoque feminista en la sentencia del Pleno, esa discrepancia se accentúa en particular en relación con la interpretación conforme de constitucionalidad que se realiza respecto del artículo 94 del Código Civil. La sentencia aprobada por el Pleno afirma que el artículo 94 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 8/2021 «no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias (...) sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado» por hechos calificables como violencia de género, o «cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género». Por tanto, la sentencia sostiene que el margen de decisión del juzgador abarca la posibilidad de limitar las relaciones y derechos parentales o no hacerlo, en función de las circunstancias del caso, porque solo de este modo es posible asegurar el interés superior del menor. Resulta clarificadora de este argumento la afirmación de que «cuando está en juego el interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos».

Esta interpretación, y el argumento en que se funda, esto es la garantía del interés superior del menor que se conecta con el artículo 39 de la Constitución

española en los términos que describe adecuadamente la sentencia, esquiva y elude la dicción literal del precepto, e ignora que la evolución normativa descrita previamente tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer progresivamente medidas más restrictivas del mantenimiento de las relaciones parentales, en aplicación de un principio de precaución y de protección que no es ajeno a la garantía del interés superior de los menores, buscando preservar además la integridad física y moral de sus madres. Y ello habida cuenta de que se constata, estadísticamente, la existencia de una innegable violencia vicaria, que utiliza el mal trato a los hijos como medida de presión y control de sus madres.

La salvaguarda del principio de conservación de la norma, como se ha dicho en repetidas ocasiones por el Tribunal «encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7), sin que corresponda a este tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde» (por todas STC 116/2017, FJ 3). A nuestro juicio, la interpretación realizada por la sentencia, no se corresponde con su sentido evidente. Y, su sentido evidente, tampoco entra en contradicción con ningún precepto constitucional.

En este contexto, la necesidad de proteger a las personas menores de edad no solo de esta clase extrema de violencia de género, sino también de las consecuencias nocivas para su desarrollo físico, psíquico y emocional que, derivan demostradamente de la convivencia con esta clase de violencia, apuntaban a la necesidad de modificar el régimen preexistente. Así se refleja en el informe de la subcomisión y en el Pacto de Estado. Y así se traslada a la norma impugnada. El sentido de la reforma legislativa enjuiciada era transformar la excepción aplicativa hasta ese momento en la regla general para asegurar la adopción de medidas de limitación de las relaciones parentales en los casos de violencia de género, pudiendo mantenerse incólumes dichas relaciones allí donde el órgano judicial lo apreciase, motivadamente, oportuno.

La lectura del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil que realiza la sentencia aprobada por la mayoría dando a entender que no modula en modo alguno la discrecionalidad judicial a la hora de establecer regímenes de estancias, visitas y comunicaciones en casos de violencia de género o violencia doméstica, neutraliza por completo la finalidad que dicha norma está llamada a cumplir, y que ha justificado su incorporación al ordenamiento jurídico, y la convierte en completamente innecesaria, por cuanto no aportaría nada adicional en relación con la realidad jurídica preexistente. En otras palabras, el efecto de una interpretación del precepto como la que formula la sentencia aprobada por la mayoría equivaldría, a efectos prácticos, a una anulación del mismo consiguiente a su declaración de inconstitucionalidad, lo que constituye una clara contradicción entre la argumentación y el fallo.

Si bien, la sentencia de que discrepamos pone el énfasis en la necesidad de preservar el interés superior del menor, parece situar dicho interés, de manera casi exclusiva, en el mantenimiento de sus relaciones familiares, amparadas por el artículo 39 de la Constitución española y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se cita en ella.

Es cierto que, la norma sometida a control de constitucionalidad responde de manera directa al deseo y la necesidad de preservar el interés superior del menor,

pero este interés no se enfoca tanto hacia la preservación de sus relaciones familiares como hacia la protección de las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y para el libre desarrollo de su personalidad derivan de su exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica. Esta protección de la vida, integridad física y moral de las personas menores de edad, amparada no solo por el artículo 39 de la Constitución española sino también por el derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Constitución española, y el deseo de garantizar el libre desarrollo de su personalidad en los términos que exige el artículo 10.1 de la Constitución española, se sitúan claramente por el legislador por delante del mantenimiento de las relaciones familiares en aquellas situaciones de conflicto que exijan llevar a cabo un juicio de ponderación entre ambas manifestaciones del interés del menor.

Esta opción legislativa encuentra, a nuestro juicio, pleno amparo constitucional no solo en la libertad de configuración del legislador y en el artículo 39 de la Constitución española, profusamente analizados en la sentencia aprobada por la mayoría, sino también, y de manera prioritaria, en la protección de los derechos fundamentales a la vida e integridad física y moral de las personas menores de edad (art. 15 de la Constitución española) y la garantía del libre desarrollo de su personalidad (art. 10 de la Constitución española), que, como fundamento del orden político y la paz social, ha de inspirar la actuación de todos los poderes públicos.

Por otra parte, como venimos reiterando, la sentencia omite por completo que junto a la finalidad esencial de preservar a las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y su adecuado desarrollo tiene la exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica, el precepto está también orientado a proteger a las mujeres víctimas de la violencia de género de actos y conductas dirigidos a causarles daño a través de sus hijos e hijas menores de edad, en los términos expuestos por el artículo 1, apartado cuarto Ley Orgánica de Violencia de Género. Esta finalidad encontraría asimismo fundamento en el artículo 15 de la Constitución española, además de en el artículo 39.2 del propio texto constitucional, que con absoluta claridad afirma que «los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos (...) y de las madres».

Esta opción resulta, asimismo, coherente con las obligaciones asumidas por el Estado español a través de los tratados internacionales válidamente ratificados por el mismo, en particular el Convenio de Estambul, cuyo artículo 31, apartado segundo, expresamente dispone que «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».

La deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género, en general, y a la violencia vicaria, en particular, constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria, que claramente se sitúa en el origen y fundamento del precepto examinado, y que se ha cobrado ya la vida de cuarenta y siete niños y niñas desde el año 2013, en que comenzaron a recopilarse datos relativos a esta particular clase de violencia.

La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla

hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

En este contexto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido desestimar por unanimidad el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra la regulación dada a los artículos 94.4 y 156.2 del Código Civil por la Ley 8/2021 y, asimismo, ha decidido por unanimidad que el régimen de visitas, comunicaciones y estancias sea determinado por la autoridad judicial. Efectivamente el citado artículo 94 en su apartado 1 fija como regla general que la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en el que el progenitor no custodio pueda ejercer el derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. No obstante, se faculta a la autoridad judicial, para que, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, pueda limitar o suspender tales derechos en dos casos: si se dan circunstancias relevantes que así lo aconsejen; o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial. Frente a ello, se impone imperativamente a la autoridad judicial que no procederá el establecimiento de un régimen de visitas o estancia respecto del progenitor no custodio y, si existiese ya se suspenderá también en dos casos: cuando aquel esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos; o cuando la autoridad judicial advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Si bien, se le deja un cierto margen de actuación en el sentido que la autoridad judicial podrá siempre en resolución motivada y operando sobre el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial establecer, aun dándose tales supuestos, un régimen de visitas, comunicación o estancia.

Por tanto, para dejar inoperativa la imperatividad en la actuación judicial se exigen varios elementos: el interés superior del menor, o en su caso, la voluntad deseos o preferencias del mayor discapacitado; y, un previo análisis y evaluación de la situación paternofilial¹⁷⁶.

En ningún caso, procederá un establecimiento de un derecho de visitas, comunicación o estancia —aunque estos dos últimos no se mencionan, pero hay que entenderlos incluidos— respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.

En similares términos se expresa el artículo 233-11.3 y 4 del Código Civil catalán: «*3. En interés de los hijos e hijas, no se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista. Tampoco se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal. 4. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer, de forma motivada, un régimen de estancias, relación o comunicaciones en interés de la persona menor, una vez escuchada, si tiene capacidad natural suficiente».*

Tales redacciones pueden chocar con la presunción de inocencia; derecho a la tutela judicial efectiva; las garantías del proceso penal que no operan, también, en la misma dimensión en el proceso civil; y el riesgo de denuncias falsas.

De ahí que, ante la redacción actual del artículo 94.4 del Código Civil se ha planteado por la titular del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Móstoles, Natalia Velilla, cuestión de inconstitucionalidad al aplicar de forma automática una sanción de naturaleza civil como consecuencia de un proceso penal.

La magistrada Velilla ha elevado una cuestión de inconstitucionalidad ante el máximo tribunal de garantía que tiene relación con la protección del menor.

Por eso, ha solicitado al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la posible inconstitucionalidad de tal precepto. A su juicio, se ha vulnerado lo establecido en varios artículos 10.1, 14, 24.2; 39.2 y 81.1 de la Carta Magna.

La magistrada eleva la cuestión de inconstitucionalidad en el marco de un pronunciamiento civil, en el que el padre de un progenitor menor de edad solicita al juzgado la suspensión de la custodia a favor de la madre, como consecuencia que la progenitora ha sido denunciada por él ante un juzgado de instrucción por, presuntamente, mantener comportamientos inadecuados y haberle golpeado. De acuerdo, con la nueva redacción del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, la suspensión del régimen de visitas o estancias del menor «no procederá y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida de su hijo» o su «integridad física».

Pudiendo la autoridad judicial «establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en interés superior del menor».

A la luz de la reciente redacción del precepto citado —aclara la magistrada Velilla en el auto donde plantea la cuestión de inconstitucionalidad— «procedería suspender el régimen de visita o estancia del menor con la madre».

Prácticamente, «de forma automática». Pese a que en el juzgado de instrucción donde se investiga la denuncia por violencia doméstica contra la madre no se ha adoptado medida cautelar alguna al considerarse, que no nos encontramos ante un supuesto de riesgo para el menor.

La magistrada, por ello, solicita al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre si la nueva redacción del artículo 94 del Código Civil, en su párrafo cuarto, vulnera el artículo 10.1 de la Constitución española, que consagra el derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad.

Es algo «que está íntimamente ligado al afecto y la educación que sus padres les proporcionan contribuyendo por igual».

También el artículo 14, donde se establece que «los españoles son iguales ante la ley», lo que en el caso presente no se respetaría al verse privado el menor de su «derecho a disfrutar de la compañía de sus padres sin justificación alguna y excluyendo o limitando hasta el extremo el control judicial».

Así como los artículos 117 y 24.2 que, consagra la independencia judicial y el derecho al juez ordinario establecido por la Ley.

En relación al último de estos artículos, la magistrada considera que el nuevo artículo 94 del Código Civil «vulnera el derecho a la presunción de inocencia al establecer de forma automática una sanción civil a la investigación del delito». Porque «no nos hallamos ante una medida cautelar personal de carácter penal, sino ante la consecuencia jurídica automática de la aplicación al supuesto de hecho de una norma civil». La aplicación del artículo —añade la magistrada Velilla— conlleva una «consecuencia jurídica de índole sancionadora, por privar de un derecho constitucional al investigado (art. 39.2 de la CE), sin atender al principio de presunción de inocencia».

Si bien —como recuerda la magistrada— que en su parte final el precepto establece que «la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia en resolución motivada en interés del menor»; por lo que, no es menos cierto que «establece como excepción el mantenimiento de un derecho reconocido por la Constitución».

Asimismo, indica la magistrada que, en lugar de reservar al juez la potestad de privar de un derecho constitucional al investigado, la reserva la tiene el legislador. En lugar de obligar al juez a motivar la privación del derecho, le obliga a razonar el porqué de su mantenimiento.

Dicho de otra forma, el juez puede, de forma automática, privar al investigado del derecho a tener comunicaciones y estancias con el hijo por el mero hecho de estar incurso en un proceso penal, sin necesidad de más motivación que la remisión al precepto aplicado, que así lo permite. Sin embargo, si de lo que se trata es de mantener el derecho que, por el mero hecho de ser padre/madre e hijo/hija se le reconoce por la Constitución, el precepto obliga a motivar razonablemente la causa de tal decisión, explica la magistrada.

Por tanto, con estos elementos —razona la magistrada—, el precepto cuestionado no parece permitir a la juzgadora adoptar una medida contraria al rigor del precepto. La imposición de un actuar al juez por parte del legislador, inmiscuyéndose en su función jurisdiccional, excluye la libre valoración del superior interés del menor y, consecuentemente, lleva a la consolidación de una sanción civil por la mera existencia de una investigación penal, modificando el *status jurídico* del investigado y privándole de un derecho como si fuera culpable, conculcando, por tanto, su derecho a la presunción de inocencia, añade.

Por último, la magistrada Vellilla señala que «si bien, el Código Civil tiene rango de ley ordinaria, al conceder el artículo 94 párrafo cuarto una previsión de índole sancionadora que afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, debió aprobarse por ley orgánica», en lugar de por ley ordinaria, como se hizo «si no fuera porque el legislador no contara con mayoría suficiente para la modificación del precepto, lo cual no justifica la elusión del mandato constitucional».

Por su parte, recordemos que, el artículo 80.1 apartado tercero del Código Foral de Aragón señala únicamente que: «*En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar*». Sin embargo, si se refiere a las situaciones de violencia de género y doméstica en el apartado 6 del mencionado precepto al disponer: «*6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género*»¹⁷⁷. Todo ello, en la línea del artículo 92.6 del Código Civil.

Por tanto, tampoco procede tipo de guarda y custodia —individual o compartida— en ambas legislaciones tanto si se ha iniciado un proceso penal por violencia de género y aún no hay sentencia condenatoria, como si ya la hay, como si para el juez hay indicios de violencia deducible de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas. Si bien, como hemos indicado, deben ser los suficientemente fundadas¹⁷⁸.

De ahí que, esta circunstancia debe, de nuevo, compatibilizar necesariamente con la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa que, en este caso, se sustanciará en un procedimiento de familia y no en un proceso penal¹⁷⁹.

B) La constitucionalidad o no del artículo 92.7 del Código Civil y del artículo 80.6 del Código Civil foral de Aragón

Ante este difícil encaje, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera, mediante Auto de 28 de septiembre de 2020¹⁸⁰ ha planteado cuestión de constitucionalidad del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil que, excluye la guarda conjunta, cuando existe un proceso penal entre los cónyuges por alguno de los delitos que indica, por vulneración del principio del interés superior del menor, por la injerencia desproporcionada en la vida familiar de los litigantes tutelada por el artículo 10.1 de la Constitución española, en relación con el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, según la cláusula del apartado 2 del artículo 10 de la propia Constitución y que los poderes públicos están obligados a proteger conforme al artículo 39.1 de la Constitución española; por la injerencia desproporcionada en la vida privada de los litigantes y el libre desarrollo de su personalidad; y la injerencia desproporcionada en la intimidad personal y familiar de los litigantes protegida en el artículo 18.1 de la Constitución Española. En el caso de autos, los litigantes sometieron a la aprobación judicial un acuerdo por el que la custodia de sus hijos la compartían ambos progenitores por semanas alternas, estando pendiente un proceso penal en el que el padre tiene la condición de investigado por delitos relacionados con la violencia de género y la madre está siendo investigada por un delito de violencia doméstica conexo con los anteriores, habiendo ocurrido los hechos de posible relevancia penal antes de la separación de hecho del matrimonio. No hay ningún indicador de falta de idoneidad en ninguno de los progenitores para el ejercicio adecuado de su responsabilidad parental.

El Pleno de este Tribunal, mediante providencia de 15 de diciembre de 2020, acordó admitir a trámite la presente cuestión de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), reservar para sí el conocimiento de la misma, dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme al artículo 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno y a la fiscal general del Estado, para que se personaran y formularan las alegaciones pertinentes. Asimismo, se acordó comunicar la citada providencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera, para que, de conformidad con el artículo 35.3 de la LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta la resolución definitiva de la cuestión.

En esta línea, ante la redacción del citado artículo 80.6 del Código Civil de Aragón también contraria a la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva la magistrada titular del Juzgado de Familia número 16 de Zaragoza, María José Moseñé ha planteado cuestión de constitucionalidad contra dicho precepto por las «serias y profundas dudas» que le suscitaron a la hora de decidir sobre las medidas a adoptar sobre la guarda y custodia de los hijos, menores de edad, de una pareja de hecho en proceso de ruptura porque su aplicación podría suponer «una clara colisión con el interés y el beneficio superior de los menores

y, en consecuencia, con preceptos constitucionales». Añade también en su auto que la aplicación «automática y taxativa» del mencionado artículo del Derecho Foral constriñe al juzgador a decidir sin ninguna otra consideración (de toda prueba y valoración que no podría ser tenida en cuenta) «lo que puede causar un importante perjuicio a los hijos» con lo que la finalidad sería la contraria a lo recogido en el texto constitucional. Recalca, además que «el interés del menor está centrado en el respeto de sus derechos fundamentales» y, en consecuencia, cualquier actuación debe, como finalidad, evitar su lesión»¹⁸¹.

C) Derecho de visita, comunicación y estancia, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y derechos de defensa. Su compatibilidad

La legislación estatal —y en la misma línea la legislación catalana— de forma imperativa establece que no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género

La cuestión que genera debate es como salvaguardar la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa y garantías que operan en el ámbito penal respecto al progenitor no custodio incurso en un proceso penal o la existencia de indicios fundados de violencia de género o doméstica¹⁸²; y, por supuesto el interés superior y su protección, cuando se pronuncia un juez civil sobre la guarda y custodia y el derecho de visitas, comunicación y estancia del hijo menor con el progenitor no custodio.

No obstante, la imposición imperativa al juez del no establecimiento del derecho de visita, estancia y comunicación o su suspensión en los supuestos indicados, se deja cierto margen de actuación a la autoridad judicial al permitirle establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada: atendiendo por un lado, el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos; y, por otro, la previa evaluación de la situación de la relación paternofilial. Recordemos que este margen de actuación de la autoridad no opera en la legislación aragonesa al primar la imperatividad en la imposición de la medida de suspensión y concederle ningún margen de actuación.

En la antigua redacción del artículo 94 del Código Civil se concedía al progenitor no custodio de hijos menores o incapacitados gozar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; correspondiendo al juez determinar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho; si bien, aquel podría limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Pues bien, en este caso, no se imponía al juez ninguna decisión si no que en su prudente arbitrio le correspondía fijar si procedía limitar o suspender el régimen de visitas cuando se dieran graves circunstancias —ciertamente un concepto jurídico determinado— o se incumplieran de forma grave o reiterada los deberes impuestos en una resolución judicial. Ahora, con la actual regulación, se impone al juez la decisión que ha de tomar en los supuestos descritos, solo permitiéndole adoptar un régimen de visitas, comunicación y estancia del pro-

genitor no custodio cuando en resolución motivada justificase que procedía esta medida en interés del menor o atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y, por supuesto, previa evaluación de la situación paterno filial, donde, precisamente, la exploración del menor y el informe del equipo psicosocial constituyen instrumentos necesarios e idóneos para verificar si procede o no de la medida¹⁸³.

En este contexto, esta actuación excepcional que el artículo 94 apartado 4 *in fine* del Código Civil concede al juez: para una parte de la doctrina, puede preservar la presunción de inocencia y el interés del menor¹⁸⁴; para otros, perjudica la presunción de inocencia y el derecho de defensa, máxime si resulta sentencia absolutoria en el proceso penal o este parte de una posible denuncia falsa. Si bien, es cierto que, luego el progenitor no custodio al que se no se le ha concedido el derecho de visitas, comunicación o estancia o, se le ha suspendido, puede solicitar una modificación de medidas (art. 775 de la LEC). No obstante, durante un período temporal más o menos extenso se le ha privado del derecho a relacionarse con su hijo. En el fondo, el legislador estatal ha preferido salvaguardar el interés del menor —lo que resulta lógico al ser prioritario— y preservarle de un posible perjuicio; pero quizás la medida más adecuada no sea la privación o suspensión del derecho de visitas, sino que en aras a una mejor defensa y de lo que representa la presunción de inocencia, hubiera sido más oportuno suspender la sustanciación del procedimiento civil de familia en tanto se resuelve la cuestión penal, y, en todo caso, fijar un régimen de visitas con las máximas cautelas, por ejemplo, en un punto de encuentro familiar. Ciertamente, frente a la postura del legislador estatal antes de la reforma que, debía motivar la necesidad de suspender o no acordar un régimen de visitas ante determinadas circunstancias; en la actualidad debe motivar en su resolución cuando procede en tales circunstancias el derecho de visitas; al constituir la regla general su suspensión o, no acordar tal medida.

En este contexto, frente a la imperatividad del artículo 92.7 del Código Civil, el artículo 94.4 del citado cuerpo legal permite un margen de actuación del juez en resolución motivada. Es por ello que, la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de septiembre de 2022 descartó la inconstitucionalidad del mencionado artículo 94 párrafo cuarto, con respecto al régimen de visitas, dado que, en el propio precepto, se establecía que, no obstante, la autoridad judicial, en resolución motivada y en atención al interés superior del menor, podría establecer, en casos como el presente, un régimen de visitas, comunicación o estancia con el progenitor incursa en un proceso penal iniciado por los mismos ilícitos criminales, o por la existencia de indicios de violencia doméstica o de género. Ahora bien, el artículo 92.7, en su redacción vigente, no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que, se atribuye a uno o ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla específico tratamiento individualizado, opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna como ocurre, en todo caso, con el derecho de visitas, comunicación y estancia. Incluso, basta que cualquiera de los progenitores esté incursa en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se entienda que no procede la guarda y custodia compartida.

En la señalada sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de septiembre de 2022 no se consideró, asimismo, lesionado el artículo 39 de la Constitución española, ni los convenios internacionales que protegen dicho interés, toda vez que: «En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen

de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, en la que se comprende también «la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad».

No cabe duda que, siempre se debe tener presente el interés superior del menor ante cualquier medida que se adopte. Y, la excepcionalidad a la imperatividad establecida como regla general en el artículo 94.4 del Código Civil que, ha determinado su constitucionalidad al entenderse que, posibilita cierto margen de actuación a la autoridad judicial. Quizá hubiera sido pertinente, atendiendo a las garantías que ofrece el proceso penal, ante las situaciones descritas en el citado artículo 94.4, debiera el juez de familia suspender el procedimiento y, esperar a la consecución de la correspondiente sentencia condenatoria, o, en su caso, advertir al juez de lo penal para que actúe en el caso de indicios de violencia.

Por otra parte, recordemos que, el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004 ordena al juez la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, precisamente, del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. No obstante, puede no acordar la suspensión, en interés del menor; y, pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación con dichos servicios. Una redacción más acorde con la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva, y el derecho de defensa. De todas formas, como hemos señalado, la excepción a la regla de no procedencia del derecho de visitas, o en su caso, si existiera su suspensión 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; o no procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género; en cierta forma, se acerca más a la redacción del citado artículo 66 y no perjudica el derecho constitucional a la presunción de inocencia y, por supuesto, siempre operando sobre lo que representa el interés superior del menor como parámetro prioritario tanto en las decisiones sobre el régimen de visitas, comunicación y estancia frente al presunto culpable de los delitos enunciados¹⁸⁵.

En fin, no procederá en ningún caso, como ya hemos analizado y señalado, 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 señalados.

Consideramos oportuno finalizar este apartado de nuestro estudio, haciendo referencia, a cómo se ha sustanciado en nuestra jurisprudencia, precisamente, la suspensión, supresión en caso de que ya estuviera establecida, o, en su caso, su procedencia o mantenimiento en supuestos de violencia de género, violencia

doméstica y violencia vicaria. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005¹⁸⁶ procede la suspensión del régimen de visitas ante los actos de violencia física sobre su hijo, causándole lesiones al mismo que motivaron ingresos y asistencias hospitalarias. Padre condenado por delito de malos tratos; en la sentencia del mismo Alto Tribunal y Sala, de 11 de febrero de 2011¹⁸⁷ no procede el derecho de visitas ante la conducta violenta del padre que no llegó a ser condenado en la vía penal por el perdón de la ofendida; de nuevo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 26 de noviembre de 2015¹⁸⁸ se suspende el régimen de visitas al padre penalmente condenado y en prisión por delitos de malos tratos a su *ex* esposa y a la hija mayor del matrimonio. Subsistencia de la orden de alejamiento respecto de las dos víctimas y tal suspensión dura hasta el cumplimiento de la pena; en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de noviembre de 2017¹⁸⁹ las visitas son supervisadas en un punto de encuentro durante la tramitación del procedimiento por presunto abuso sobre la menor. Se procede a su levantamiento tras la absolución al no apreciarse razones que justifiquen su mantenimiento. Con ello no se vulnera el artículo 39.1 de la CE; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, de 14 de noviembre de 2019¹⁹⁰ tal como se recogen en el informe del punto de encuentro de 21 de marzo de 2018, la niña ha manifestado que las acusaciones del padre a la madre que «era mala porque llama a la policía y la policía le paga». O el suceso ocurrido de haber suministrado el padre a la niña apiretal en un bar y que la llevó a un hospital; además de la menor que expresa su miedo a volver con su padre, determina restringir las visitas; el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 3 de febrero de 2020¹⁹¹ teniendo en cuenta que se ha seguido el procedimiento penal con todas las garantías, que se ha elaborado un informe pericial, en el que se ha dado audiencia a los menores y que se ha dictado una sentencia condenatoria, aun no firme, procede a juicio de la juzgadora la suspensión del régimen de visitas establecido a favor del padre y sustituirlo por visitas tuteladas por el punto de encuentro familia público. Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 21 de enero de 2016¹⁹² no cabe acordar un régimen de visitas normalizado, pues, el interés del menor obliga a sustraerlo de entornos violentos que puede afectar su seguridad personal y emocional. Nos encontramos ante actos de violencia machista reiteradamente protagonizados por el padre y confirmados en la vía penal; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 27 de mayo de 2020¹⁹³ procede la suspensión del derecho de visitas a favor del padre fundada en el informe de los profesionales imparciales e independientes que han valorado el estado emocional de la menor tras haber presenciado estos episodios acreditados de violencia física por parte del progenitor contra su madre, determinantes de la condena penal. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 13 de marzo de 2020¹⁹⁴ no procede un régimen de visitas a favor del padre por el comportamiento violento del padre con su exesposa y con sus hijos. Al respecto, no proceden las visitas hasta que los menores se encuentren en las condiciones emocionales para poder realizarlas. En cuanto al auto de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2.^a, de 4 de noviembre de 2021¹⁹⁵ ante los abusos sexuales a menor de 16 años por el padre. Se procede a atribuir la guarda y custodia a los abuelos maternos, con suspensión temporal de la patria potestad del padre sin régimen de visitas. Asimismo, no procede el derecho de visitas, atendiendo al interés del menor ante la conducta violenta del padre que no llegó a ser condenado por la vía penal por el perdón de la ofendida (sentencia

del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2011¹⁹⁶); o tampoco procede un régimen de visitas al resultar el padre condenado en sentencia firme por delitos de violencia de género habitual, dos delitos de maltrato en el ámbito de la pareja y delito continuado de injurias y vejaciones injustas cometido en domicilio común y en presencia del menor (sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.^a, de 14 de julio de 2022¹⁹⁷); en caso, de presuntos abusos sexuales ejercidos por el padre sobre la menor (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 16 de marzo de 2006¹⁹⁸); o, ante un comportamiento violento del padre con su exesposa y con sus hijos no procede el régimen de visitas hasta que los menores se encuentren en las condiciones emocionales para poder realizarlas (sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 13 de marzo de 2020¹⁹⁹); o, en fin, padre condenado por delitos de violencia de género habitual, dos delitos de maltrato en el ámbito de la pareja y un delito continuado de injurias y vejaciones injustas cometidos en domicilio común y en presencia del menor (sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.^a, de 14 de julio de 2022²⁰⁰).

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, de 2 de marzo de 2001²⁰¹ no procede la suspensión del régimen de visitas del padre, pese al asesinato por este del compañero sentimental de la madre en presencia del hijo menor de edad. Se entiende que es beneficioso para el menor el contacto con su padre; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 19 de marzo de 2014²⁰² pese a que el proceso penal ha terminado por sentencia firme condenatoria de la madre, el juez sentenciador no ha considerado procedente en interés de la menor, imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija; asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2016²⁰³ la denuncia por abusos sexuales del padre hacia la hija ha sido archivada provisionalmente; por lo que procede un derecho de pernocta de la menor con su padre y abuelos paternos, atendiendo a lo que disponen los informes psicosociales; igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.^a, de 27 de febrero de 2019²⁰⁴ el informe psicosocial de la IMLA destaca que ambos progenitores muestran interés por ejercer de manera individual una paternidad/maternidad responsable y que no se evidencia en ninguno de ellos factores sociales que puedan obstaculizar el establecimiento de un sistema de reparto de tiempos equitativos con su hijo. Además, no conviviendo juntos y dada la corta edad del niño, no parece que ni el hecho por el que la Sra. Herminia fue condenada, ni las disputas entre ambos progenitores en sus comunicaciones o en el punto de encuentro hayan perjudicado el entorno familiar del menor libre de violencia, máxime cuando no estamos hablando de violencia machista, sino de violencia familiar por parte de la demandada frente a su exmarido. Además, la demandada ya debe estar a punto de cumplir las penas de prohibición de comunicación y prohibición de acercamiento al Sr. Valentín a una distancia inferior a 200 metros durante un año. En fin, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 24 de enero de 2022²⁰⁵ se fija un régimen de visitas a favor del padre sin pernocta, ante la sentencia penal condenatoria por maltrato no habitual y amenazas en el ámbito de la violencia de género.

En este contexto, también se puede suspender el régimen de visitas de uno de los progenitores ante situaciones de alcoholismo, drogadicción o enfermedad mental²⁰⁶.

D) *Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con el artículo 92.7 del Código Civil*

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en auto de 11 de enero de 2023²⁰⁷ ha planteado al Tribunal Constitucionalidad cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 92.7 del Código Civil, habida cuenta de su eventual oposición con los artículos 10.1 de la Constitución española, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad; 8 CEDH que protege la vida familiar; 39, apartados 1, 2 y 4 de la Constitución española, que consagra el principio de interés superior del menor, como igualmente hace el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución española. En esencia, colisionar con el interés superior del menor.

A tal fin, se suspende provisionalmente la tramitación del recurso de casación hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

Como argumentos, la Sala de lo Civil señala que, en momento alguno la demanda pone de manifiesto la existencia de una situación de violencia de género. El primer dato al respecto surge de un ulterior incidente puntual, derivado de una discusión sobre la mochila del niño, en el curso de la cual, presuntamente el padre golpeó a la madre en su antebrazo sin causarle lesión. Denuncia que fue archivada, inicialmente, por el Juzgado de Violencia, en resolución revocada por la Audiencia, para que, en el acto del juicio oral, se valorase cuál de las contradictorias versiones de los litigantes ofrece mayor crédito. Tampoco consta que el menor haya sufrido consecuencia negativa alguna derivada de dicho acontecimiento, ni tan siquiera dice que lo hubiera contemplado. En el informe psicológico, se dictamina que «la motivación del padre para ostentar la guarda y custodia de su hijo responde a un interés real por participar más activamente en su educación». No existe el más mínimo atisbo de violencia vicaria y, además se descarta que el padre postule dicho régimen de estancia con su hijo con fines espurios apartados de su finalidad legítima de participar más activa e intensamente en el cuidado y atención de su hijo menores, como venía haciendo antes de la crisis matrimonial.

Asimismo, el auto destaca que el artículo 92.7 del Código Civil en su redacción vigente «no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla su carácter doloso o culposo, ni las concretas circunstancias concurrentes que exijan un específico tratamiento individualizado. Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vea la custodia compartida».

Sobre tales bases, la citada Sala de lo Civil establece que en el caso que ocupa, el niño viene disfrutando de un régimen de custodia compartida que, le permite mantener vivos, directos, asiduos y estrechos vínculos con su padre y madre, goza de unas excelentes relaciones con ellos y, además, dicho régimen se está desarrollado sin incidencia negativa alguna.

Si bien, la circunstancia de la formulación de una denuncia penal por la madre, relativa a un hecho aislado, consistente en unos supuestos golpes sufridos en el antebrazo, no causantes de lesiones y pendientes de enjuiciamiento, sobre los cuales el padre goza de presunción de inocencia, conforman, a tenor del artículo 92.7 del Código Civil, un óbice irremediable para el mantenimiento de un

régimen de custodia compartida, que se ha reputado, en sendas resoluciones judiciales y un informe de especialista, más beneficioso al interés superior del menor.

Y, en consecuencia, de ahí surgen para esta Sala las dudas de la inconstitucionalidad que, somete al máximo intérprete de la adecuación de las leyes a los principios y derechos constitucionales, toda vez que el artículo 92.7 del Código Civil podría colisionar con interés superior del menor consagrado en el artículo 39 de la Constitución española, y en los convenios internacionales suscritos por España, afectar, de forma negativa, al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución española, al no contemplar todo haz de circunstancias posibles y suponer una injerencia no debidamente justificada en el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH, tal y como es concebido judicialmente.

Es, por ello que, para la Sala de lo Civil caben otras medidas alternativas menos gravosas para la consecución de la finalidad legítima perseguida, como es el prudente arbitrio judicial para evitar situaciones, como las que el precepto quiere prevenir, siendo así desproporcionada la norma cuestionada, en tanto en cuanto no permite que entre en juego el principio de interés superior del menor de máximo rango constitucional, al no preverse excepciones al régimen imperativo del artículo 92.7 del Código Civil, y no ofrecer al respecto opciones resolutivas como si lo hace el artículo 94 del Código Civil ya analizado.

Pues bien, con la finalidad de ponderar las circunstancias concurrentes, aun teniendo en cuenta que el régimen de custodia compartida exige una mayor colaboración entre los padres, lo que conforma un elemento a ponderar. Sin embargo, en el supuesto litigioso, no resulta óbice para el correcto funcionamiento de la medida de custodia compartida, que se evidencia como más beneficiosa para el niño, y que viene funcionando, correctamente, cara a la formación y desarrollo de su personalidad e integración futura en el mundo de los adultos con los resortes adecuados para ello.

Como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio» (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2000, de 14 de diciembre, FJ 3.º; y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º).

De ahí, el planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad respecto el citado artículo 92.7 y, en consecuencia la necesidad de revisar esta norma que, al efecto prohíbe de forma «tajante» que se aplique la custodia compartida en los casos en los que uno de los progenitores esté investigado por presuntos malos tratos al considerar que no permite a los jueces «valorar la gravedad» del caso concreto para determinar qué es lo más beneficioso para el menor.

Además, el Tribunal Supremo recalca que en la demanda que presenta la mujer en momento alguno se pone de manifiesto la existencia de una situación de violencia de género; el dictamen psicológico ya consideró «aconsejable» que se aplicará el régimen de custodia entre padre, madre e hijo «como el más beneficioso para el interés del menor»; y que este tiene unas excelente relaciones con sus progenitores. Tampoco consta que el menor haya sufrido consecuencia negativa alguna derivada de tal acontecimiento; por lo que, no existe el más mínimo atisbo de violencia vicaria. A ello, añade la Sala de lo Civil que, la norma vigente no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o ambos progenitores, ni el efecto que puede desencadenar en la relación con los hijos menores de edad; ni, en fin, contempla el carácter doloso o culposo de la presunta conducta delictiva del progenitor no custodio,

ni las concretas circunstancias concurrentes. Así las cosas, se critica por parte de nuestro Alto Tribunal que, la norma opere, precisamente, con un «carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna», a diferencia del artículo 94.4 del Código Civil que permite cierto margen de actuación a la autoridad judicial, como hemos analizado. De forma que, con tal proceder del legislador estatal se impide una valoración alternativa o un tratamiento específico que, opere sobre el interés del menor; pues, de permitir el juego del arbitrio judicial cabrían «otras medidas alternativas menos gravosas».

No obstante, para el Tribunal Supremo, precisamente, estas dudas de inconstitucionalidad no suponen de ninguna manera que, en la determinación del régimen de custodia compartida, esta Sala no tenga en cuenta situaciones de violencia de género, o sobre los menores, o las dificultades derivadas de las malas relaciones entre los padres. Así lo vienen considerando esta Sala a través de una consolidada doctrina jurisprudencial, en el ejercicio de la función nomofiláctica y unificadora de la interpretación de los textos legales de las que son expresión, por ejemplo, las sentencias 350/2016, de 26 de mayo, 23/2017, de 17 de enero; 175/2021, de 29 de marzo y 372/2021, de 31 de mayo, entre otras.

En todo caso, es la segunda vez que, un tribunal pregunta al Tribunal Constitucional por este apartado concreto del Código Civil, aunque en el caso anterior no entró en el fondo del asunto al inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad por un problema de forma.

4. LA ORDEN DE PROTECCIÓN Y ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL: MEDIDAS PENALES Y MEDIDAS CIVILES

La Ley 27/2003, de 31 de julio, que regula la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, ante el Juzgado de Instrucción, las víctimas de violencia doméstica puedan obtener un estatuto integral de protección que comprende medidas civiles, penales y asistenciales y de protección social. Esta Orden de Protección es una resolución judicial que, en los casos en que existan indicios fundados de comisión de delitos o faltas de violencia doméstica y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, ordena su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales, además de activar las medidas de asistencia y protección social necesaria, por remisión de la orden de Protección a los Puntos de Coordinación de las comunidades autónomas²⁰⁸.

Entre las *medidas penales* está las privativas de libertad, la orden de alejamiento²⁰⁹; la prohibición de comunicación; la prohibición de volver al lugar del delito o residencia de la víctima; y la retirada de armas u otros objetos peligrosos²¹⁰. Entre las *medidas civiles*, la atribución de uso y disfrute de la vivienda y de la custodia de los hijos menores de edad a la víctima; y la suspensión de visitas o comunicación con los hijos del presunto progenitor culpable²¹¹; o su establecimiento con carácter restringido²¹²; la obligación del presunto autor del delito de la prestación de alimentos a favor de los hijos menores de edad y, en fin, el otorgamiento de medidas de protección al menor para evitarle peligro o perjuicio. Ciertamente recordemos que, por un lado, el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 posibilita que, el juez puede suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de guarda y custodia, respecto de los menores; y, el artículo 66 del citado cuerpo legal que, ordena al juez la suspensión de visitas o no procedencia de las mismas del inculpado por

violencia de género o sus descendientes. Y, por otro, medida civil de puede ser adoptada por el juez de instrucción o por el juez de violencia sobre la mujer al amparo de una orden de protección, o en el ámbito de una orden de alejamiento del artículo 544 bis de la LECr.

Respecto de la suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia y de la suspensión del derecho de visitas o comunicación con los hijos, señala GUTIÉRREZ ROMERO que «no opera de forma automática, sino que ha de ponderarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso y solo en casos más graves y perjudiciales para los hijos menores, siempre y cuando guarden conexión con la situación de violencia de género sobre la mujer, podrá acordarse como medida cautelar, que podrá mantenerse hasta el dictado de la sentencia firme sin necesidad de acudir al proceso civil»²¹³.

Efectivamente, el juez puede adoptar dichas medidas atendiendo a las circunstancias concurrentes para ello, sin representar una obligación que opere de forma automática; al contrario, responde a una facultad que el legislador concede a la autoridad judicial para que en su prudente arbitrio decida la medida civil que, resulte conveniente adoptar. Así en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.^a, de 2 de febrero de 2007²¹⁴, pese a existir una orden de protección contra el padre, se establece un régimen de visitas en un punto de encuentro en presencia de un familiar de los menores condicionado al levantamiento de la orden de protección.

En todo caso, esta medida de suspensión del derecho de visitas prevista en el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004, tal como dispone el artículo 57.2 del Código Penal, ante la condena por los delitos enumerados en el mismo, se puede acordar en la sentencia condenatoria como penas privativas de derechos (art. 48.2 del Código Penal).

Asimismo, para la víctima e hijos se fijan las medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico tanto estatal como autonómico. Pueden solicitar la Orden de Protección: la víctima, cualquier persona que tenga con la víctima alguna de las relaciones del artículo 173 del Código Penal, el Ministerio Fiscal, el juez de oficio, y, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados que tuviesen conocimiento de la existencia de alguno de los delitos de violencia de género, deben ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o fiscal con el fin de que pueda incoarse por el juez o instar el fiscal el procedimiento para la adopción de la Orden de Protección. En el supuesto de indicio de infracción penal por violencia contra las mujeres, en el ámbito de la Ley Orgánica 1/2004 se deberá comunicar al juez de violencia sobre la mujer (el juez de instrucción en funciones de guardia actúa en estos casos fuera de las horas de audiencia de aquél). En todo caso, las medidas civiles han de pedirse expresamente por la víctima o su representante legal o por el fiscal, cuando existan hijos menores o hijos con discapacidad. Se puede solicitar ante el juez, ante el fiscal, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Estas realizarán el correspondiente atestado para la acreditación de los hechos; en las Oficinas de Atención a las víctimas; en los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas; y, en los Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados.

Ahora bien, conviene recordar que, las medidas civiles tienen una vigencia o duración de 30 días²¹⁵. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante el juez competente las medidas adoptadas en la Orden de Protección permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes al presentación de la demanda. En estos 30 días

el juez civil de familia o el juez de violencia sobre la mujer deben ratificarlas, modificarlas o dejarlas sin efecto²¹⁶. En fin, la Orden de Protección será inscrita en el Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica, donde se deberá hacer constar, igualmente, si queda sin efecto.

Por su parte, el artículo 158 del Código Civil en su relación con el artículo 544 ter de la LECr posibilita que, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, pueda dictar como medidas cautelares las siguientes: 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los caso de cambio de titular de la potestad de guarda. 3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa²¹⁷; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; y, c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor²¹⁸.

Asimismo, en cuarto lugar la medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad; en quinto lugar, la medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad; y, en sexto lugar, la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

Se evita con estas medidas cautelares: el peligro de una sustracción de menores²¹⁹; o de posibles daños o menoscabos que se pueden causar al menor; o de operar ante el incumplimiento de los deberes paterno filiales por parte de los progenitores aun no existiendo todavía procedimiento civil de nulidad, separación o divorcio, o no habiéndose aun adoptado resolución y, por ende, las medidas civiles definitivas. Y, por supuesto, responde a razones de urgencia y necesidad de protección a los hijos menores de edad. En todo caso, se trata de medidas que pueden ser adoptadas como medidas previas en los procesos matrimoniales, por los trámites de jurisdicción voluntaria, o en ejecución de sentencia.

En este contexto, qué sucede si adoptadas cualquiera de las medidas cautelares del artículo 158 del Código Civil, el juez de violencia sobre la mujer o el juez de instrucción de guardia adoptará medidas civiles en el seno de una orden protección. GUTIÉRREZ ROMERO señala, acertadamente, que las medidas civiles adoptadas en un juzgado de familia quedarán sin efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 544 ter de la LECr.²²⁰

Finalmente, sin ánimo de exhaustividad, por un lado, en caso de posible desamparo del menor, el juzgado comunicará las medidas a la Entidad pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejer-

citarse este derecho por sí misma. Si los hijos menores quedan bajo la custodia de la Entidad pública, será esta quien asuma la custodia con la consiguiente suspensión de la patria potestad y de la tutela ordinaria y, asimismo, la que determine, a tenor de las circunstancias concurrentes, la forma y extensión del correspondiente sistema de vistas a favor de los progenitores, abuelos u otros parientes (art. 172 CC)²²¹.

Por otro, que el Reglamento (CE) número 2201/2003, del Consejo (Reglamento de Bruselas II *bis*) es aplicable a los procesos judiciales incoados, los documentos públicos formalizados o registrados y las transacciones judiciales homologadas o celebradas en materia matrimonial y de responsabilidad parental antes de 1 de agosto de 2022. En lo que respecta a los procesos incoados a partir de la citada fecha o después de la misma, el Reglamento de Bruselas II *bis* ha sido sustituido por el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo (Reglamento de Bruselas II *ter*). El Reglamento de Bruselas II *bis* es aplicable a todos los Estados miembros de la Unión Europea con excepción de Dinamarca y este reglamento especifica qué Estado miembro tiene jurisdicción para conocer de asuntos en materia matrimonial y de responsabilidad parental con un componente internacional. Asimismo, dispone que las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental dictadas en un Estado miembro han de ser reconocidas por los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno. Dependiendo del tipo de resolución, puede ser necesaria una declaración de fuerza ejecutiva (*exequatur*). Además, el Reglamento de Bruselas II *bis* complementa y refuerza el Convenio de La Haya de 1980 al fijar reglas de cooperación en los casos de sustracción parental de menores que tienen lugar en los Estados miembros. Cada Estado designará al menos una autoridad central para asistir en la aplicación del Reglamento de Bruselas II *bis*. Asimismo, a partir del 1 de enero de 2021, el Reino Unido ha dejado de ser miembro de la Unión Europea. No obstante, en el ámbito de la justicia civil, los procesos y procedimientos pendientes que se hayan iniciado antes del final del período transitorio proseguirán con arreglo a la legislación de la Unión Europea. Hasta finales de 2024, el Reino Unido seguirá estando en las opciones de selección de los formularios dinámicos *on line* a efectos de esos procesos y procedimiento. Una excepción a esta norma lo constituyen los formularios de documentos públicos, en cuyas opciones de selección no deberá ya estar el Reino Unido.

Como precisa al respecto ORTIZ VIDAL «el Reglamento de Bruselas II-bis defiende un «sistema de certificación»: no es el juez del Estado miembro requerido (el del *exequatur*), sino el juez del Estado miembro de origen el que, mediante la emisión del certificado, satisface unas condiciones procesales concretas». En este sentido, continúa la autora manifestando que «el principio de mutuo reconocimiento en estas resoluciones se extrae al ámbito procesal. Por ese motivo, resulta posible eliminar el *exequatur* garantizando una tutela judicial efectiva»²²².

Y, en tercer lugar, hacer oportuna mención a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4.^a, de 17 de julio de 2018²²³ por la que se condena al estado español a pagar una indemnización de 600.000 euros por daños morales a una mujer cuya ex pareja asesinó a su hija común durante una de las visitas no vigiladas que estableció el Juzgado de Madrid tras su separación, después de denunciarle en 47 ocasiones por malos tratos y otras causas. El tribunal establece que las resoluciones del Comité contra la discriminación contra la mujer de la ONU (CEDAW) pueden ser aplicables en España por la vía

de reclamación por anormal funcionamiento de la justicia, como ha ocurrido en este caso. A su juicio, se podría haber evitado la muerte de su hija, si la Justicia hubiera mantenido el régimen de visitas entre padre e hija con vigilancia como se estableció en un primer momento para regular la separación matrimonial. Declara la Sala, además, que el cauce de la reclamación de responsabilidad patrimonial es adecuado para obtener una decisión administrativa. Y aprecia la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva. Ciertamente, la mujer sufrió una lesión de sus derechos, al sufrir un acto de discriminación derivado de una situación de violencia de género.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Segunda, de 29 de mayo de 2000.
- STC, Sala Primera, 22 de diciembre de 2008.
- STC, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016.
- STC, Pleno, de 13 de septiembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1960.
- STS, Saña de lo Civil, de 8 de abril de 1975.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013.
- STS, Sala de lo Penal, de 10 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de julio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Penal, de 16 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Penal, sección Pleno, de 18 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2019.

- STS, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2020.
- STS, Sala de lo Penal, secc. 1.^a, de 30 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 8 de junio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022.
- ATS, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2023.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, de 31 de julio de 2008.
- STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, de 24 de septiembre de 2012.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, de 21 de enero de 2016.
- STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 2.^a, de 19 de octubre de 2022.
- STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, de 24 de noviembre de 2022.
- SAP Murcia, secc. 1.^a, de 27 de febrero de 1996.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 29 de junio de 2004.
- SAP Lugo, secc. 1.^a, de 2 de febrero de 2007.
- SAP Granada, secc. 5.^a, de 11 de abril de 2014.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 20 de enero de 2015.
- SAP Huelva, secc. 2.^a, de 15 de julio de 2015.
- SAP Burgos, secc. 2.^a, de 21 de septiembre de 2015.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 25 de noviembre de 2015.
- SAP León, secc. 1.^a, de 2 de marzo de 2016.
- SAP Salamanca, secc. 1.^a, de 31 de mayo de 2017.
- SAP Las Palmas, secc. 3.^a, de 27 de junio de 2017.
- SAP Orense, secc. 1.^a, de 5 de noviembre de 2019.
- SAP Badajoz, secc. 3.^a, de 27 de diciembre de 2019.
- SAP Pontevedra, secc. 1.^a, de 14 de febrero de 2020.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, de 13 de marzo de 2020.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, de 27 de mayo de 2020.
- SAP Soria, secc. 1.^a, de 8 de junio de 2020.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 9 de octubre de 2020.
- SAP Palencia, secc. 1.^a, de 30 de octubre de 2020.
- SAP Madrid, secc. 24.^a, de 18 de mayo de 2021.
- SAP Alicante, secc. 4.^a, de 10 de diciembre de 2021.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, de 24 de enero de 2022.
- SAP La Rioja, secc. 1.^a, de 10 de marzo de 2022.
- SAP Orense, secc. 1.^a, 25 de abril de 2022.
- SAP Castellón, de 27 de abril de 2022.
- SAP Zaragoza, secc. 2.^a, de 2 de febrero de 2023.
- SAP Toledo (Tribunal Jurado), secc. 100.^a, de 3 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 3 de febrero de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 6 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 7 de febrero de 2023.
- AAP Huesca, secc. 1.^a, de 8 de febrero de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 13 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 27.^a, de 15 de febrero de 2023.
- SAP Cantabria, secc. 2.^a, de 20 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 20 de febrero de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 20 de febrero de 2023.
- SAP Zaragoza, secc. 2.^a, de 22 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 23 de febrero de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 1 de marzo de 2023.

- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 2 de marzo de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 3 de marzo de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 6 de marzo de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, de 10 de marzo de 2023.
- AJPI Móstoles, secc. 7.^a, de 22 de marzo de 2022.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2009). Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal, *REDUR*, número 7, diciembre, 37-73.
- ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I. (2007). Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 del Código Civil, *Indret*, julio, 1-23.
- ARNAU MOYA, F. (2020). La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 13, agosto, 410-443.
- AYLLÓN GARCÍA, J.D. (2022). Suspensión del régimen de visitas o estancia del artículo 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *Revista Boliviana de Derecho*, número 34, julio, 96-117.
- BARBARÍN URQUIAGA, M.^a J. (2021). La privación de la patria potestad: del ostracismo al estrellato de una figura contemplada en interés del menor, *La Ley. Derecho de Familia*, número 32, octubre, 1-22.
- CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2018). Reflexiones acerca de la inhabilitación especial para la patria potestad: posibilidad de instaurar un régimen de visitas, *REDS*, número 13, julio-diciembre, 176-185.
- CALZADILLA MEDINA, M.^a A. (2021). La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: Calzadilla Medina, María Aránzazu (dir.), Hernández López, Claudia (coord.): *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters.
- CARO HERRERO, G. (2021). Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género, *Revista de Derecho de Familia*, número 93, octubre-diciembre, 1-22.
- CUEVAS GAMA, M.^aS. (2004). Análisis jurídico y marco legislativo vigente de la violencia familiar y de género, *Psicopatología clínica, legal y forense*, vol. 4, 141-145.
- CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.^a ed., Madrid: La Ley.
- DE LA TORRE LASO, J. (2017). La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial, *Diario La Ley*, número 8993, sección Doctrina, 5 de junio, 1-18.
- DEL CASO JIMÉNEZ, M.^a T. (2022). Casuística de las medidas cautelares civiles del artículo 544 *quinquies* de la ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de los menores, *Práctica de Tribunales*, número 156, mayo, 1-12.
- GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas, *Diario La Ley*, número 7480, sección Doctrina, 1 de octubre, 1-9.

- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Medidas en los procesos de familia en relación a los hijos: patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de comunicación y visitas. En: M. Linacero De la Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 2.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAGRO SERVET, V. (2013). El régimen de visitas en la violencia de género, *Práctica de Tribunales*, número 100, enero, 1-6.
- (2023). El «maltrato vicario» a los animales en la violencia de género en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, *Diario La Ley*, número 10262, sección Doctrina, de 5 de abril de 2023, 1-8.
- MANGA ALONSO, M.^a T. (2023). Visión legal y jurisprudencial de la violencia a niños y adolescentes sobre el principio del interés superior del menor, *Diario La Ley*, número 10214, sección Tribuna, 24 de enero, 1-13.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil: En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.^a ed., Madrid: Edisofer.
- ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, Barcelona: Bosch.
- ORTIZ VIDAL, M.^a D. (2019). Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor. En: C. Esplugues Mota, P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco (eds.), *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021). La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio, *Diario La Ley*, número 9892, sección Tribunal, 15 de julio, 1-17.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad. En: C. Martínez De Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 4.^a ed., Madrid: Colex.
- PÉREZ VALLEJO, A.M.^a (2016). Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex artículo 92.7 del Código Civil, *Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 4, 87-115.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2021). La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 63, julio-septiembre, 1-11.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2007). *El interés del menor*, Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ RUIZ, R. (2021). Modificaciones operadas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor por la Ley Orgánica 8/2021, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia, *La Ley. Derecho de Familia*, número 32, octubre, 1-14.
- RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2013). La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar, *Práctica de Tribunales*, número 100, enero, 1-13.
- SÁNCHEZ URBANO, C. (2019). Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en un centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia), *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4, abril, 1-11.

- SILLERO CROVETTO, B. (2016). Análisis y evolución de las competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer, *El divorcio por violencia de género*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2019). *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Navarra (Cizur Menor): Thomson Reuters Aranzadi.
- VITERI ZUBIA, I. (2016). La trascendencia de la violencia de género en los procesos matrimoniales de separación y divorcio, *El divorcio por violencia de género*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, *Código Civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- ZURILLA CARIÑANA, M.^a Á. (2011). Violencia doméstica: medidas civiles en relación con los hijos menores. En: M.^a Á. Zurilla Cariñana y P. Domínguez Martínez (coords.), *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Oviedo: Septem ediciones.

NOTAS

¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad. En: C. Martínez De Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 4.^a ed., Madrid: Colex, 353, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (LA LEY 44425-JF,0000) señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 de junio de 1994 (LA LEY 13968,1994) se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, de 31 de diciembre de 1996 (LA LEY 508, 1997); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.^a, de 20 de julio de 1998; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.^a, de 8 de febrero de 1999; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.^a, de 22 de junio de 1999 (AC 1999, 8394) «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.^a, de 5 de marzo de 2001; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 219823/2007); de la misma Audiencia Provincial, sección 12.^a, de 14 de marzo de 2008 (LA LEY 27513,2008); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 1 de septiembre de 2008 (LA LEY 196431/2008).

Por su parte, señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 346 que, la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade «baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión

unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos².

² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 19987, 6716); de 9 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2030); de 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 3108); de 11 de octubre de 1991 *RJ* 1991, 7447); de 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993, 478) señalan que «la patria potestad al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación que pesan sobre aquellos está la función, y en consecuencia, orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar en perfecta consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres, tanto en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala que uno y otro se encuentren como la posibilidad de ejercicio integral»; y de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9223) la privación no constituye una sanción sino una medida de protección. Procede dicha medida al resultar el padre condenado por un delito de parricidio; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 27 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 358).

³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 5905).

⁴ *Vid.*, CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1982). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.^º, 2.^a ed., Madrid: Edersa, 109-111; MARTÍN MORÓN, M.^a T. (1989) Voz «Patria potestad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIX, Barcelona 1989, 130-131; ALONSO PÉREZ, M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil*, número 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997, 22-24; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.^a ed., Madrid: La Ley, 29-30. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (LA LEY 12499-JF,0000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (*AC* 1996, 472).

⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5376) en situaciones indudablemente conflictiva como los matrimonios mixtos.

⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.^a, de 11 de diciembre de 2000 (LA LEY 225540/2000).

⁷ *RJ* 2002, 5905.

⁸ *RJ* 2002, 5905. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1960 (*RJ* 1960, 2833); de 26 de abril de 1963 (*RJ* 1963, 2420); de 8 de abril de 1975 (*RJ* 1975, 1514); de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987, 6716); y, de 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7447); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.^a, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 3913); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.^a, de 22 de junio de 1999 (*AC* 1999, 8394).

⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.^a, de 23 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 820) se establece la pérdida de la patria potestad ante la existencia de un asesinato en tentativa a la madre de su hija que, supone un daño irreparable en la integridad moral y desarrollo de la personalidad de la menor. Atendiendo siempre al interés superior del menor; de 24 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 3015) se priva de la patria potestad al padre que acuchilla a la madre en presencia de la hija común de 10 años, después de arrastrarla por el domicilio, propinándole 8 cuchilladas. Supone un ataque frontal contra la integridad psíquica de la menor, su equilibrio y desarrollo de su personalidad. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 29 de junio de 2004 (*JUR* 2005, 1797) se priva al demandado de la patria potestad como consecuencia de haber sido condenado como autor de la muerte de su mujer y madre de sus dos hijos de la que estaba separado. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a, de 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 113503) no se considera procedente la privación de la patria potestad, pues, pese a la existencia de envío de mensajes amenazantes pro teléfono, no se ha probado que esas posibles infracciones afecten al cumplimiento de sus deberes como padre.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3675) procede la suspensión de la patria potestad del progenitor no custodio privado de libertad por sentencia condenatoria penal hasta la libertad condicional. Condena posterior por maltrato habitual.

Igualmente, la privación puede tener lugar por incumplimiento de deberes paternofiliales: *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1495); de 24 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3941); de 23 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 4139); de 6 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 2844); de 9 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5157); y, de 23 de mayo de 2019 (*RJ* 2019, 1975); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.^a, de 5 de noviembre de 2019 (*JUR* 2019, 341008).

¹⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección Pleno, de 18 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1455) la expresión «en presencia de menores» no implica que los menores tengan que estar físicamente delante de las personas que protagonizan la escena violenta. De modo que, el menor pueda tener una percepción visual directa de ellas, bastando con que el menor se percate o aperciba de la situación de crispación o de enfrentamiento familiar por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorarse de los hechos.

Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 4949) violencia doméstica se define como: «menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito, golpear, maltratar o amenazar sobre cónyuge o persona con análoga relación aun sin convivencia o sobre descendientes, ascendientes o hermanos, o sobre los menores o incapaces con que convivan o sobre personas con cualquier relación integrada en el núcleo de convivencia familiar o sobre personas sometidas a custodia»; y, de 8 de junio de 2022 (Roj. STS 2444/2022; ECLI:ES:TS:2022:2444). Y, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 24 de noviembre y 22 de diciembre de 2022 (Roj. STSJ M 14373/2022; ECLI:ES:TSJM:2022:14373; Roj. STSJ M 15606/2022; ECLI:ES:TSJM:2022:15606). Igualmente, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial (Tribunal Jurado) de Toledo, sección 100.^a, de 3 de febrero de 2013 (Roj. SAP TO 49/2023; ECLI:ES:APTO: 2023:49) se impone a Enma la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de la hija menor habida en el matrimonio con el finado durante el tiempo de condena y ello en atención a la relación directa de este derecho con el delito cometido, resultando la menor directamente perjudicada por el fallecimiento de su padre.

¹¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.^a, de 30 de marzo de 2022 (Roj. STS 1178/2022; ECLI:ES:TS:2022:1178).

¹² *RJ* 2000, 7932.

¹³ *RJ* 2001, 6367.

¹⁴ *RJ* 2008, 6987.

¹⁵ ROJ STS 4122/2015; ECLI:ES:TS:2015:4122.

¹⁶ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919); de 27 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 146687); de 26 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2658); de 16 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2782); de 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2784); de 25 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4028) cumplimiento del principio de interés del menor; a pesar de separar a los hermanos; de 9 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4224); de 17 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5392) donde se señala que, el concepto de interés del menor que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015 extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares»; se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», «La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...», y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»; de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 27159); de 4 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 32451); de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131). Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016 (BOE, núm. 57, 7 marzo de 2016, 18444 a 18459); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 26 de junio de 2015 (AC 2015, 1257).

¹⁷ *Vid.*, sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141).

¹⁸ DE TORRES PEREA, J.M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel, 24.

¹⁹ La Unión Europea firmó el Convenio de Estambul hace seis años, pero aún no lo ha ratificado. En un Dictamen de 6 de octubre de 2021, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó que el Convenio puede continuar su proceso de ratificación, sin el acuerdo previo de todos Estados miembros. También insta a los seis países de la Unión Europea, que aún no han ratificado dicho Convenio (Bulgaria, la República Checa, Hungría, Letonia, Lituania y Eslovenia) a que lo lleven a cabo sin demora en paralelo con el proceso de ratificación de la Unión Europea.

²⁰ *RJ* 2000, 2982.

²¹ DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código Civil, En: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1559.

²² En esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, *Código Civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 787 señala que «supone en realidad el ingrediente fundamental de los restantes deberes (o, si se prefiere, un compendio de todos ellos), pues velar por los hijos implica atender a su salud física y psíquica, informarse acerca de sus problemas, aficiones personales y amistades, atender a su educación moral, cívica y hasta religiosa, etc., en fin, «prestar asistencia de todo orden», si hemos de estar a lo que ordena la Constitución (art. 39.3 de la CE). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial Toledo, sección 1.^a, de 18 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 173374) dispone que «los padres tienen un derecho-deber, como es la patria potestad que conservan aun cuando no tengan atribuida la guarda y custodia, que no tienen otros familiares, esto es, que en relación con los padres y justamente por la obligación de velar por los hijos que impone el ejercicio de la patria potestad, el régimen de comunicación opera con unas exigencias en las que también se han de ponderar los intereses del padre y que están ausentes en las que se desarrollan con otros familiares, respecto de los cuales es solo y exclusivamente el interés del menor el que determina la forma en que se desarrollan los contactos sin que el familiar o allegado tenga las mismas imposiciones legales que los padres».

²³ LETE DEL RÍO, J.M. (1992). Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), *Poder Judicial*, núm. 25, marzo, 147-148.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial Toledo, sección 2.^a, de 21 de mayo de 1997 (AC 1997, 1197) precisa en su *fundamento de derecho primero* que: «es contenido del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC) el velar por los hijos, en el amplísimo y trascendente sentido de cuidar de ellos no solo en su aspecto físico, sino también en el moral y afectivo, por lo que puede quien la ejerce, además de una vida de relación, actuar con arbitrio o discrecionalidad (nunca con arbitrariedad), prohibiendo o limitando ciertas relaciones en general o con determinadas personas en particular, pero cuando, como es el caso, ha sido declarado por sentencia firme que es beneficiosa para el menor una vida de relación, a través de la ejecución de un régimen de visitas periódico con sus parientes de la línea materna, debe compelirse a su cumplimiento y la relación comenzarse a realizar progresivamente y en la forma que sea más conveniente al menor —que temporalmente y durante la sustanciación del proceso, se ha visto privado de la misma—, siempre con la mira puesta en el respeto al principio constitucional que ampara la recta formación física y psíquica del menor y, a la obligación que tienen las partes de cumplir las resoluciones judiciales efectivamente, puesto que lo contrario conculcaría los fundamentos de un Estado de Derecho»; y añade «debe primar siempre el interés del menor, que es el realmente necesario de salvaguardar y protección, y resaltando que el ejercicio de la patria potestad no es un derecho absoluto (art. 170 CC) (...) y al menor ha de dotarle progresivamente de un ámbito de libertad, de forma tal que, cuando alcance la madurez, sea él y no los padres quien decida lo más conveniente en orden a sus relaciones de todo orden, y de entre ellas las afectivas, pudiendo entonces relacionarse cómo y con quien quiera; pero mientras que

se encuentre sujeto a la patria potestad, no se puede impedir sin justa causa, sus relaciones con parientes y allegados, entre los que se encuentran los recurridos, que lo son en línea recta. Es, por tanto, necesario que los abuelos maternos mantengan relaciones con su nieta, lo que no podrán ser impedidas unilateralmente por quien ejerce la patria potestad; y si, con o por abuso de la misma, se aprecia que la menor está siendo psíquicamente maltratada, deberán adoptarse las medidas tendentes a impedir que el capricho, el cariño mal entendido o las posibles enemistades nacidas de situaciones de las que el menor no es responsable, pueda afectar a la formación integral de la tutelada».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4197) establece que la mención a los abuelos del artículo 160.2 del Código Civil es extensible a los allegados, en su caso, como ocurre con los tíos, cuando su influencia sea beneficiosa y en interés del menor.

²⁴ GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, número 1, 99; EGEA FERNÁNDEZ, J. (2005). Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 68, 5-6; COLAS ESCANDÓN, A.M. (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijados judicialmente, con especial referencia a su extensión (A propósito de la STC, Sala 2.^a, núm. 138/2014, de 8 de septiembre), *Derecho Privado y Constitución*, número 29, 18. Por su parte, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, Barcelona: Bosch, 337 muestra su reticencia a tal presunción *iuris tantum*, así después de señalar que «el tenor literal del artículo 160.2 del Código Civil, al establecer que «no podrán negarse sin justa causa», está efectivamente contemplando una presunción *iuris tantum* que las relaciones del menor con sus abuelos resultan beneficiosas para ese, lo que se traduce en la necesidad de probar que, en el caso concreto, no acontece así»; precisa al respecto que «la legislación vigente es la que es, pero *de lege ferenda* estimo conveniente invertir los términos y suprimir toda presunción en el sentido expuesto. Ello no implica negar a los abuelos la posibilidad de relacionarse con sus nietos, pero sí condicionarlo a que se pruebe que tales relaciones benefician al menor, o como mínimo, que no le perjudican, lo que no será particularmente difícil cuando entre los mismos haya una relación previa de mutuo afecto». *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.^a, de 10 de diciembre de 2021 (*JUR* 2022, 159236); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de abril de 2022 (*JUR* 2022, 241928).

²⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4371) manifiesta al respecto que «el interés del menor constituye un principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social»; de 31 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4581); de 31 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 373); de 12 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1229); y, de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 924).

²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2007). *El interés del menor*, Madrid: Dykinson, 68,

²⁷ VERDERA IZQUIERDO, B. (2019). *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Navarra (Cizur Menor): Thomson Reuters Aranzadi, 63-64.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1.^a, de 2 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 75403) dispone que «el interés del menor es un concepto evolutivo que puede llegar a fundar por sí solo una modificación de las medidas adoptadas porque responde a un derecho del menor con reconocimiento constitucional, en tratados internacionales y en las normas legales. A diferencia de las medidas sobre cuestiones patrimoniales, económicas, o en general, las que no afectan a menores de edad, las que se refieren a la esfera personal del menor (básicamente, custodia y régimen de visitas) no se sujetan a parámetros meramente objetivos por lo que su modificación puede tener lugar sobre la base de criterios que respondan a meras circunstancias actuales de utilidad (interés objetivo) o a inclinaciones de los menores manifestadas por sus deseos o aspiraciones (interés subjetivo). En definitiva, el interés del menor debe entenderse de una forma dinámica y flexible que permita concretar cuándo y en qué momento se manifiesta para poder decidir sobre las medidas que le afectan».

²⁸ *RJ* 2020, 2187.

²⁹ *JUR* 2020, 179980.

³⁰ Asimismo, el derecho a ser escuchado, en todo caso, si tuviera suficiente juicio o madurez, se establece en el Código Civil, en el artículo 92.2 y 6 referido a las crisis matrimoniales; en sede de patria potestad artículo 154 respecto a las decisiones que les afectan; en caso de desacuerdos en la toma de decisiones por parte de los progenitores (art. 156); en sede de adopción (art. 177.3) y de tutela (arts. 231 y 237, 248, 273 y 280).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 2) señala que, los menores tienen derecho a ser oídos, pues la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida protección y por ende, no es propiamente una prueba. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 9 de mayo de 2019 (BOE, núm. 138, 10 junio 2019, 60836 a 60848) que declara constitucional el artículo 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria que, regula la forma como debe documentarse la exploración de menores o personas con capacidad modificada judicialmente en los expedientes de jurisdicción voluntaria por respetar de una parte, los derechos del menor a la participación en el procedimiento judicial y a la intimidad y por otra, los derechos garantizados por el artículo 24 de la CE a las partes en el proceso; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 6 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 17349).

³¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 9 de septiembre de 2022 (Roj. SAP M 13185/2022; ECLI:ESD:APM:2022:13185).

³² Se trata de un supuesto excepcional, prevista como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservan la patria potestad, salvo en la función de guarda. Esta medida, no obstante, puede ser acordada de oficio por el juez sin que esté vinculada ni al principio dispositivo, de rogación y aportación de parte tanto como medida provisional o definitiva en un procedimiento matrimonial (art. 103 CC), como en cualquier procedimiento o momento procesal (art. 158.4).

Al respecto es importante señalar que, el Código Civil catalán ha regulado específicamente la posibilidad que, tras la muerte de un progenitor, la autoridad judicial pueda, con informe del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, atribuir la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, si el interés del hijo lo requiere y, además, se dan dos requisitos: 1. Que este cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; 2. Que se escuche al otro progenitor y al menor si tiene 12 años o tiene la suficiente capacidad natural (art. 236-15). Asimismo, el Derecho aragonés establece sobre la autoridad familiar del padrastro o la madrastra, que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Y que fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge puede continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (art. 8 Código de Derecho Foral Aragonés). *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 681) guarda y custodia del menor ejercida por su tía paterna; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, de 11 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 193852) guarda y custodia atribuida a los abuelos, atendiendo al informe psicosocial que, señala que sobre la base de los intereses de los menores, es conveniente atribuir la guarda a ellos; y, de 16 de mayo de 2014 (AC 2014, 1019) a favor de su tía, por considerarse la mejor solución para los hijos que, siempre han convivido con ella, y han de mantenerse en ese entorno, en el que son atendidos, reciben cuidados y ello no impide que tengan relación con sus padres.

³³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 31 de julio de 2008 (LA LEY 116201/2008) señala que, la denominación de custodia compartida puede amparar diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto

no necesariamente igual de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones.

Por su parte, ROGEL VIDE, C. (2005). «En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, 82, considera más adecuado el término de custodia alterna, ya que la guarda y custodia ni es conjunta ni se comparte, sino que lo que se alterna entre los progenitores es el lugar de estancia y/o el tiempo. El menor ha de repartir su tiempo entre ambos progenitores.

³⁴ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 17 de febrero de 1998 (LA LEY 23899/1998).

³⁵ Sin embargo, alguna normativa autonómica han incluido una definición al respecto. Así el artículo 3 a) de la Ley 5/2011, de 5 de abril de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven señala al respecto «*Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a organizar y regular la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordando voluntariamente entre aquellos. O en su defecto por decisión judicial*». Por su parte, en la letra b) del citado precepto se define el régimen de convivencia individual como «*una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos menores de edad adaptada a las circunstancias del caso*»; y, finalmente, en la letra d) el pacto de convivencia familiar se conceptúa como «*acuerdo de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado por ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en la Ley*».

Asimismo, en algunos textos internacionales se define por un lado, la corresponsabilidad parental y, por otro, la custodia compartida. Así el artículo 2.7 del Reglamento (CE) número 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental conceptúa la corresponsabilidad parental como «*los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*». Y, el artículo 2.11 b) define la custodia compartida «*(...) Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor*». En otros, sin embargo, se opta por destacar algunos aspectos característicos de esta modalidad de guarda. Así el artículo 18.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece el deber por parte de los Estados de consagrar en sus normativas el principio de igualdad de los progenitores respecto de la crianza y desarrollo de los menores; y, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 establece en el punto 14 que «*...el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones...*».

³⁶ LA LEY 37196/2013. Con anterioridad, *vid.*, en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009 (LA LEY 192180/2009) señaló que «*(...) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al juez determinar en cada caso concreto que circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (...) Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el ho*

gar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilio, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»; de 10 de marzo de 2010 (LA LEY 5293/2010); de 11 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2340); y, de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 31826/2012). Con posterioridad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5002); de 25 abril de 2014 (*RJ* 2014, 2651); de 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 370); de 11 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 37611); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 22 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 222004); y, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 31826/2012) manifiestan como presupuestos normativos a los que ha de atenderse para la adopción de la medida de guarda y custodia compartida a «los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de menores, de alimentación, de educación, y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que puede ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos, y relaciones con ellos en especial, si existe un rechazo o una especial identificación, su edad, y capacidad de autoabastecerse, etc».. Asimismo, la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, de 18 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 229748), señala que, resulta necesario analizar con cuidado todas las circunstancias y valorarlas a la luz del interés del menor; y han de analizarse entre otras, la capacidad de los progenitores, el grado de armonía entre ellos; la edad de los hijos y su opinión o las circunstancias geográficas y convivenciales. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 29 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 117971) para el establecimiento de la custodia compartida, las circunstancias a ponderar, de carácter objetivo, son entre otras: «a) La disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) El aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio; c) La ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) La garantía de equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; y, f) Que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones».

³⁷ Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011 (LA LEY 111554/2011); y, de 2 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4250) disponen que, no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Ni tampoco ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Asimismo, las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 15 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2778); de 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2784) no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable; de 21 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4784) establece que, la corta edad de los menores no desincentiva la guarda y custodia compartida; de 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 248); y, de 29 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 995) además de reiterar la doctrina sobre la normalidad y conveniencia de la custodia compartida en caso de separación de progenitores, casa y anula la sentencia de la Audiencia y señala que esta sentencia ciertamente desconoce, como si no existiera la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales en asuntos similares»; si bien, el Alto Tribunal va más allá e insiste que «la sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá

de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 del Código Civil en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues, ninguna se dice salvo que funciona el sistema instaurado en la sentencia de divorcio». Por lo que, acusa a las Audiencias Provinciales de crear inseguridad. *Vid.*, también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 9 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 73146).

Por otra parte, atendiendo a los criterios expresados, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670/2013) hijos con un vínculo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno; y, de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714/2013), considera idónea la guarda y custodia compartida ya que existe un estímulo de cooperación de los padres en beneficio del menor y proximidad de los domicilios materno y paterno y régimen de visitas desarrollado sin incidencia. Sin embargo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 7 de junio de 2013 (LA LEY 65217/2013) en la valoración conjunta de la prueba, se consideró que era más conveniente a los niños la atribución de la guarda y custodia a la madre.

En esta línea, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 15 de septiembre de 2014 (LA LEY 149622/2014) señala que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos entre ambos progenitores.

³⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (LA LEY 165754/2010); de 27 de abril de 2012 (LA LEY 56727/2012) donde, asimismo, se precisa que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre; de 25 de mayo de 2012 (LA LEY 72578/2012); de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714/2013); de 29 de noviembre de 2013 (LA LEY 186577/2013); de 17 de diciembre de 2013 (LA LEY 204311/2013); de 25 de abril de 2014 (LA LEY 51101/2014); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813/2014) ambos progenitores están capacitados para ejercer responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, y sus domicilios están próximos en una pequeña localidad; de 16 de octubre de 2014 (LA LEY 149440/2014); de 20 de octubre de 2014 (LA LEY 149445/2014); y, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489/2014). Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736/2011) se deniega la guarda y custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores; de 27 de septiembre de 2011 (LA LEY 183864/2011) también la denegación de la guarda y custodia compartida por falta de la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación de la Ley 5/2011, de la Comunidad Valenciana. La guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva de la mejor forma posible que es la de procurar la protección del interés del menor; de 10 de enero 2012 (LA LEY 7717/2012), se dispone que, para establecer un régimen de guarda y custodia compartida es necesario demostrar que de este modo se protege más eficazmente el interés del menor, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, pues, el padre se limita a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés del menor; de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 18517/2012) se deniega la guarda y custodia compartida solicitada por el padre. El sistema de custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo desde su separación de hecho ha funcionado correctamente y los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores, cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda; de 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4894) no procede establecer un sistema de

custodia compartida, al no ser beneficioso para los hijos y, la madre que, se ha dedicado en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, dejando por ello de trabajar. Además de una menor disponibilidad del padre, y una conflictiva relación de la progenitora con la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos, teniendo en cuenta la atención que deberían prestarles dada la escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; de 1 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 736) se deniega la custodia compartida dada la distancia de los domicilios al residir la madre en Granada y el padre en Cádiz, y no solo se tienen en cuenta la corta edad del menor, sino también las alteraciones que, esto supone en el régimen de vida del menor, máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria; de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 842) desestimación de la atribución de guarda y custodia a favor del padre, pues, la enfermedad de Parkinson en estado leve y controlada de la madre no le impide hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución. Y, además, la existencia de una manifestación ansioso-represiva que, no consta que sea consustancial al Parkinson, es un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre, como se deduce del informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales; de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 972) aptitud de ambos progenitores para hacerse cargo de la educación de sus hijos; y aun reconociendo que le es más fácil a la madre la compatibilización de horarios por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente), por lo que debe ser reconocida al padre el compartir con la madre la guarda y custodia de los hijos; y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131) no se concede la guarda y custodia compartida, pues, con la sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que «por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de este, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre que no tiene nueva familia, pierda la custodia.

³⁹ *JUR* 2016, 52409. Añade al respecto que «esto no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, períodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión —STS de 22 de julio de 2011— de que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”». Se deniega la guarda y custodia por no haberse propuesto tal Plan, al considerarse, en los términos expuestos, necesario conocer «los pormenores en que va a consistir la custodia compartida».

⁴⁰ *JUR* 2016, 138686.

⁴¹ *Vid.*, el artículo 80.2 del CDFA; el artículo 233-11 del Código Civil catalán en su artículo 233-11; el artículo 3 de la Ley Foral 3/2011; y, el artículo 9.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

⁴² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 370); y, de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 370).

⁴³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2016 (LA LEY 14389/2016) ante la constancia de un desequilibrio amplio en los tiempos de permanencia de uno u otro con la hija, procede el reparto, a falta de acuerdo entre los progenitores por semanas alternas de lunes a lunes y vacaciones por mitades.

⁴⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294/2010); de 18 de noviembre de 2011 (LA LEY 241446/2011); y, de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 185317/2012).

⁴⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5376); y, de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016, 249) se dota de relevancia a las manifestaciones del menor de catorce años de edad, no solo por su edad, sino también por su madurez. Asimismo, las sentencias del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 24 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11146) preferencia y deseos del menor de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana y oposición a la custodia compartida solicitada por su padre; de 12 de julio de 2013 (RJ 2013, 5405) la opinión de los menores es cuestión de gran relevancia; de 9 de octubre de 2013 (RJ 2013, 8497); de 17 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1570); de 30 de junio de 2015 (RJ 2015, 4457); y, de 16 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 6371).

⁴⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2015 (RJ 2015, 2564).

⁴⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294/2010); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813/2014) opta por la guarda compartida; de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4894); y, de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 11913, 2015) que, al respecto, señala que «las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos». Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2011 (LA LEY 186210/2011) deniega la guarda y custodia compartida valorando el informe psicosocial emitido por el psicólogo del servicio judicial. También, la sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863/2016) se deniega la custodia compartida pues, en el informe psicosocial se pone de manifiesto que «no consta de momento que sea lo más beneficioso para los menores... se encuentran en estado evolutivo saludable, tiene buena adaptación escolar, el buen estado de salud, y un proceso de desarrollo normalizado». Y a mayor abundamiento, se amplía el extenso régimen de visitas que «permite asegurar una presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos». Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 4 de enero de 2013 (RJ 2013, 2884) valora los informes psicosociales que muestran la preferencia y los deseos de los hijos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, a la que se encuentran muy unidos; y, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 19 de abril de 2012 (RJ 2012, 6135); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.^a, de 20 de febrero de 2014 (JUR 2014, 89199) informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito a los juzgados de Avilés; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 11 de julio de 2014 (JUR 2014, 236809) informe psicosocial emitido por EATAV en el que se considera que, el interés de los menores en ese momento, determina la conveniencia que queden al cuidado de la madre con un amplio sistema de relaciones y comunicaciones con el padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 24 de abril de 2015 (JUR 2015, 156255) valor relevante de los informes psicológicos; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 19 de junio de 2015 (JUR 2015, 196315).

⁴⁸ *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863/2016).

⁴⁹ LA LEY 10275/2015. *Vid.*, también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489/2014); de 15 de julio de 2015 (LA LEY 99704/2015); de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 119131/2015); de 28 de enero de 2016 (LA LEY 1000/2016); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329/2016); de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 20628/2016); y, de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 15991/2016).

Por su parte, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736/2011) —y con anterioridad, las sentencias de 10 de octubre de 2010 y 11 de febrero de 2011— que lo que importa es garantizar o proteger con este procedimiento el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con

ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 del Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta materia pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. No obstante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). Régimen común a la nulidad, separación y divorcio, *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, Madrid: Colex, 184, manifiesta que, este ejercicio conjunto de la guarda suscita también algunos reparos, derivados fundamentalmente del peligro de perpetuare los enfrentamientos o desencuentros que dieron lugar a la ruptura matrimonial, a la hora de tomar decisiones relativas al cuidado y educación de los hijos.

⁵⁰ Roj. STS 1952/2022; ECLI:ES:TS:2022:1952.

⁵¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813/2014); y de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 186544/2014). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 9 de abril de 2014 (AC 2014, 689).

⁵² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 y de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2329 y RJ 2010, 2340); de 7 de julio de 2011 (RJ 2011, 5008); y, de 25 de abril de 2014 (RJ 2014, 2651).

⁵³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016, 842).

⁵⁴ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 196575/2013); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813/2014); de 30 de octubre de 2014; de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329/2016); de 26 de mayo de 2016 (LA LEY 52462/2016); y, de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2330) la falta de dialogo, no consta, en este caso, que llegue al extremo del conflicto, y no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al padre, dado que habrá de concretar la motivación de la decisión. En la sentencia recurrida se atribuye, ante la falta de comunicación, la custodia a la madre sin concretar y justificar porqué dicho déficit de comunicación se imputa al padre. Razones todas ellas que, llevan a la adopción del sistema de custodia compartida, al constar la aptitud de ambos, su mutua implicación en la educación y desarrollo de su hijo y por gozar los dos de capacidades necesarias para poder superar sus mutuos recelos en beneficio de su hijo; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 12 de julio de 2013 (JUR 2013, 267761) imposibilidad de una comunicación y entendimiento mínimo entre los progenitores, deviniendo inviable la custodia compartida al ser imposible su ejercicio adecuado; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 11 de marzo de 2014 (JUR 2014, 114405); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.^a, de 27 de junio de 2014 (Roj. SAP VI 289/2014; ECLI:ES:APVI:2014:289); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3.^a, de 16 de septiembre de 2014 (Roj. SAP SS 698/2014; ECLI: ES:APSS:2014:698); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 2 de octubre de 2014 (Roj. SAP O 2443/2014; ECLI: ES: APO:2014:2443); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 18 de noviembre de 2014 malas relaciones de los progenitores, falta de un Plan de Responsabilidad Parental aportado por el padre, que solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo mayor a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 28 de noviembre de 2014 (Roj. SAP B 12274/2014; ECLI:ES:APB:2014:12274); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 5 de diciembre de 2014 (Roj. SAP M 16598/2014; ECLI:ES:APM:2014:16598); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 2.^a, de 1 de marzo de 2016 (Roj. SAP LE 208/2016; ECLI:ES:APLE:2016:208) absoluta falta de comunicación y consenso entre los padres, existiendo diversas denuncias entre ello por cuestiones relativa al régimen de visitas.

⁵⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 276/2016, de 25 de abril (RJ 2016, 1612). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, de 26 de febrero de 2016 (Roj. SAP IB 312/2016; ECLI:ES:APIB:2016:312) no procede la custodia compartida por estar la relación entre los progenitores muy deteriorada y no son capaces de llegar a acuerdos en los temas concernientes a la hija común sobre

todo surgiendo problemas en el cumplimiento del régimen de visitas, del que mutuamente se acusan del incumplimiento.

⁵⁶ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670/2013); y, de 30 de octubre de 2014 (núm. Sentencia 619/2014); la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 28 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 10948); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.^a, de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 49868).

⁵⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 74); y, de 16 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5165); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 18 de julio de 2013 (RJ 2013, 6655) los criterios expresados en la sentencia recurrida no acreditan que, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores, se haya observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida. El nivel de conflictividad ni resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio de criterio legal preferente de la custodia compartida. La alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.^a, de 5 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 369126) el mero hecho de que haya malas relaciones entre los progenitores no es por sí mismo suficiente para establecer la custodia individual; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 26 de mayo de 2014 (AC 2014, 1128) la existencia de malas relaciones entre ambos progenitores no es causa bastante para no acudir a una custodia compartida; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 24 de julio de 2014 (JUR 2014, 220687) no puede denegarse solo con base a la mala relación de los progenitores y la inexistencia de informe favorable del Fiscal. No se deduce de los hechos probados que la difícil relación de los padres, perjudique el interés del menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 268576) pésima relación entre los padres que, no lo hacen prevalecer sobre las necesidades de los hijos que, han sido capaces de organizarse y existe capacidad de preservar a los menores del conflicto; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 2 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 57125).

⁵⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (RJ 2011, 5676).

⁵⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017 (JUR 2017, 5439).

⁶⁰ Roj. STS 4342/2014; ECLI:ES:2014:4342.

⁶¹ Roj. STS 2246/2013; ECLI:ES:2013:2246.

⁶² LA LEY 152551/2014. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2015 (RJ 2014, 4894); y, de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016, 924); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 4 de marzo de 2015 (RJ 2015, 861); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 27 de mayo de 2014 (AC 2014, 534); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 18 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 741006) malas relaciones de los progenitores, y falta de Plan de Responsabilidad parental aportado por el padre que, solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 27 de abril de 2015 (JUR 2015, 168549); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 30 de abril de 2015 (JUR 2015, 150733); de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.^a, de 15 de julio de 2015 (JUR 2015, 264839); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 14 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 261055).

⁶³ LA LEY 10275/2015. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4179) la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión; de 21 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4784); de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016, 248); y, de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016, 924). Con anterioridad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2012 (RJ 2014, 74) que, a la vista de esta doctrina, opta por la guarda y custodia compartida y declara que: «1. No consta que la mala relación entre los cónyuges pueda

afectar a los menores, hoy con seis años de edad ambos, dado que el propio padre permitió tras el auto de medidas provisionales, las estancias durante la semana con la madre, que no estaban previstas; 2. No consta que la madre desarrolle un rol pernicioso para con los hijos; y, de 29 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7449). Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 1.^a, de 16 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 54581) señaló que, la conflictividad entre ambos progenitores no era de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto.

⁶⁴ LA LEY 119131/2015.

⁶⁵ LA LEY 15998/2016. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 154/2012, de 9 de marzo (*RJ* 2012, 5241) existe una conflictividad entre los progenitores cuya comunicación se realiza por mensajes de móvil que perjudican el interés del menor según informe psicosocial emitido.

⁶⁶ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 5043); de 26 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5624) donde se declara que, los contactos de un padre con su hija, cuando aquél previamente ha sido condenado por malos tratos a otras de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos; de 4 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 30008) donde se indica que «una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparte al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar ese ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos; y, de 25 de abril de 2016 (LA LEY 39317/2016); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 13810); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 8 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 12859) el padre se haya incurso en diligencias previas del juzgado de violencia de género y condenado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de la orden de alejamiento; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 16 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 4 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.^a, de 21 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 243595); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 4 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 13 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 10519); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 25 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 127498) la existencia de un procedimiento penal abierto por violencia de género.

⁶⁷ CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas, *Tratado de Derecho de Familia, vol. II Las crisis matrimoniales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 471, señalan que «algunos autores y colectivos de padres separados han denunciado el efecto perverso de la norma que ha propiciado una multiplicación de las denuncias falsas de maltrato con la finalidad de cercenar las posibilidades de obtener la custodia de los hijos —y todo lo que ella conlleva— al progenitor denunciado».

⁶⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8496); y, de 24 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3574); y, las sentencias del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 14 de abril de 2014 (LA LEY 70511/2014); y, de 1 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6740).

⁶⁹ Precisa MAGRO SERVET, V. (2023). «El “maltrato vicario” a los animales en la violencia de género en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, número 10262, sección Doctrina, de 5 de abril de 2023, 5 que «ello lleva a la pena de 10 meses y 16 días de mínimo a 18 meses en actos de maltrato a los animales vertebrados o no, de compañía en los casos de llevarlo a caño para hacer daños a sus parejas y/o sus hijos en actos claros de dominación en contextos de violencia de género». Y añade que «Ello es cierto que ha llevado al CGPJ a informar respecto a este texto que supone una penalidad mayor que el maltrato a la pareja o a los menores de los artículos 153.1 y 153.2 en aras a cuestionar la debida proporcionalidad en la imposición de las penas».

⁷⁰ La pena básica la fija el artículo 340 bis.1 del Código Penal al señalar que: «*I. Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de seis a doce meses y*

con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales el que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud.

⁷¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2966).

⁷² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 3664) a lo que se añade la falta de intención por parte del padre de fijar su domicilio en las proximidades del centro escolar.

⁷³ También se contempla este derecho de relacionarse de padres e hijos, el artículo 60.1 del Código Foral aragonés: «El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja». Asimismo, el artículo 75.2 establece que «la finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de estos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas». También, el artículo 44 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia «los menores tienen derecho a vivir con sus padres y madres, salvo en aquellos casos en los que la separación resulte necesaria, en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. Asimismo, tienen derecho a convivir y relacionarse con otros parientes y allegados, en la forma establecida en el artículo 160 del Código Civil, y en particular, con los abuelos».

⁷⁴ BOE, número 21, de 24 de enero de 2009; *RTC* 2008, 176. Asimismo, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.^a, de 20 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 36670) el régimen de visitas se configura como un derecho inexcusable de los hijos menores encaminado a favorecer su correcto desarrollo en todos los órdenes, evitando con él, las disfunciones que puede originar la falta en su vida de una de las figuras paternas, padre o madre, con todo lo que tal referencia comporte para su persona. Será el previo acuerdo de las partes la que determine de qué modo se cumple el régimen de visitas en función de sus necesidades.

⁷⁵ *Roj STS 5537/2014; ECLI:ES:TS:2014:5537.*

⁷⁶ *RJ* 2002, 5905.

⁷⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 2294); de 26 de octubre de 2020 (*RJ* 2020, 4165); y, de 18 de mayo de 2022 (*RJ* 2022, 3745) en caso de custodia compartida. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 10 de marzo de 2023 (*Roj. SAP M 3012/2023; ECLI:ES:APM:2023:3012*) señala que, los términos «guarda y custodia» y «régimen de visitas y estancias» no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

⁷⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio, *op. cit.*, 206-207; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil: En: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 239.

⁷⁹ ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de menores de edad*, *op. cit.*, 22.

⁸⁰ *JUR* 2001, 23839.

⁸¹ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de familia*, 3.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 772-773.

⁸² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio, *op. cit.*, 206.

⁸³ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil, *op. cit.*, 239.

⁸⁴ GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). Incidencias de la violencia de género en el derecho de familiar: especial tratamiento del régimen de visitas, *Diario La Ley*, número 7480, de 1 de octubre, 4-5.

⁸⁵ Vid., COLÁS ESCADÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 41; de la misma autora (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos..., *op. cit.*, 181; GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *op. cit.*, 94; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.*, 327; MARTÍNEZ CALVO, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, *Diario La Ley*, núm. 9583, sección Tribuna, 17 de diciembre, 5. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 4 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 163149) es un derecho-deber que no debe ser objeto de interpretación restrictiva, pudiendo suspenderse o limitarse solo cuando concurra causa grave que lo justifique; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 21 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 152943) derecho-deber como un mecanismo de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el padre o la madre con quien no vive habitualmente y adecuado para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia familiar interrumpió.

En contra, SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al artículo 160 del Código Civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, T. II*, Barcelona: Bosch, 450, quien señala que «la norma (el art. 160.2 CC) es extraña, ya que es dudoso que realmente exista un derecho subjetivo familiar a relacionarse con los parientes»; DE TORRES PERERA, J.M. (2001). El artículo 1602 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos, *La Ley*, vol. 4, 1347 que, asimismo, considera que no estamos ante un derecho, sino ante una pauta de solución de un conflicto de intereses.

En la doctrina francesa, no se duda de la existencia en estas relaciones de un verdadero derecho a las relaciones personales (*droit aux relations personnelles*) con apoyo legal en el artículo 471-4 del Code Civil. *Vid.*, GARÉ, Th. (1989). *Le grands parents dans le droit de la famille*, Paris, 203.

⁸⁶ VERDERA IZQUIERDO, B. (2002). Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados, *La Ley*, vol. 7, 1571; GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, *op. cit.*, 96; LETE DEL RÍO, J.M. (1992). Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), *op. cit.*, 148, constituye confirmación de la existencia de un verdadero derecho subjetivo a favor de los parientes o allegados a relacionarse con el menor; CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2000). El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil, *La Ley*, vol. 4, 1502; PRADA GONZÁLEZ, J.M.^a (1992). La patria potestad tras la reforma del Código Civil, *op. cit.*, 389, establece que, el juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también el de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho de relación que resulta sorprendente; CARBALLO FIDALGO, M. (2006). El «derecho de visita» de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales, *Revista de Derecho de Familia*, número 30, enero-marzo, 48, señala que, se trata de un derecho propio y autónomo a las relaciones personales entre el hijo y sus parientes y allegados. Un derecho subjetivo vinculado al libre desarrollo de la personalidad, del que uno y otros son titulares y que, por tanto, uno y otros pueden reclamar en justicia; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia*, 5.^a ed., Madrid: Colex, 204, lo califica como derecho-deber o como función del derecho de familia concedido en beneficio del menor; y, FLORIT CANALS, C. (1989). El régimen de visitas en la práctica judicial española, *La Ley*, vol. 4, 1069.

En esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6843); las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 11 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 109285) al indicar que «no nos encontramos ante un derecho propio y verdadero de los familiares a satisfacer sus propios deseos, sino ante un complejo derecho-deber, que se encuentra encaminado fundamentalmente a satisfacer las necesidades afectivas y educacionales de los menores»; de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.^a, de 1 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2487); de la Audiencia Provincial de Almería, sección

1.^a, de 27 de enero de 1999 (AC 1999,387); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, de 2 de junio de 2000 (*JUR* 2001, 75033); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.^a, de 7 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 168197); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 25 de julio de 2005 (AC 2005/1314); de la Audiencia Provincial Cádiz, sección 5.^a, de 12 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 175735); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, de 25 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 281032); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, de 4 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 336897); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 4 de julio de 2008 (*JUR* 2009, 32560) señala que, los menores tiene derecho a conocer y tratar personalmente a los ascendientes más próximos en grado; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 26 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 226124) precisa que «ha de tenerse en cuenta con carácter principal que este derecho-deber de visitas no tiene otra finalidad que propiciar la continuación o reanudación de las relaciones paterno o maternos filiales e incluso las existentes entre los hijos y la familia del progenitor que no tenga confianza su guarda, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, por estimar que el adecuado desarrollo de su personalidad se garantiza de mejor manera manteniendo relaciones lo más amplias y normalizadas posibles con ambos progenitores y las familias extensas de los mismos en cuenta la mayor relación del progenitor no custodio con su hijo durante las vistas, amplia la posibilidad por parte del citado de seguir ejerciendo las funciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones que el otro progenitor en el desarrollo y crecimiento de los mismos»; de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 16 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 219500) no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de estos, sino como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, siendo el interés de estos siempre prevalente en la relación paterno-filial; de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 2.^a, de 5 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 260217); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.^a, de 6 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 185273); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.^a, de 20 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 36670); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 7 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1973/2023; ECLI:ES:APM:2023:2586); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 13 de febrero de 2023 (Roj. SAP V 55/2023; ECLI:ES:APV:2023:55); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 3 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 2586/2023; ECLI:ES:APM:2023:2586).

⁸⁷ Así lo manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 3108) si bien, para el derecho de visita de los progenitores.

⁸⁸ Las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, de 13 de junio de 1992 (AC 1992, 877); de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 4 de junio de 1992 (AC 1992, 846); y de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 30 de marzo de 2000 (AC 2000, 1371).

⁸⁹ GARCÍA CANTERO, G. (2004). *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Madrid: Civitas, 39 y 103; del mismo autor (1982). En torno al derecho de visitas, *op. cit.*, 247; SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, número 2, 966. Para ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.*, 30 considera que el derecho de visitas del progenitores no custodio es un derecho subjetivo encuadrable dentro de los derechos de la personalidad.

⁹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (1982). El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria, AAVV *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Pamplona: Eunsa, 236-237; del mismo autor (1997). *El derecho de visita*, Barcelona: Bosch, 393 quien, afirma, además, para el derecho de visitas a favor de «otros parientes y allegados», que «este derecho no siempre pertenece al ámbito familiar, pues puede ser reclamado y ejercido por no familiares del menor (relaciones personales con la madrina, con la novia; comunicación con el confesor); y afecta más a la esfera de la personalidad del individuo, tanto del derechohabiente como del menor, con lo que, junto a su destacado carácter personalísimo, está emparentado con (si no es que pertenece directamente a) los derechos de la personalidad, en su doble faz y

orientación (hacia el titular y hacia el menor»); y «está en el ámbito de las más importantes necesidades psíquicas o espirituales del menor como persona en un estadio concreto de su vida incluyente entre los derechos principales de la persona menor (en general, entre los derechos de la personalidad), y creo que identificable con lo que en otro orden llamamos derecho al libre desarrollo de la personalidad», 139.

En esta misma línea, SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, *op. cit.*, 966; BOTANA GARCÍA, G. (2004). Derecho de visita de los abuelos, *Actualidad Civil*, núm. 5, marzo, 551, quien añade que, su finalidad no es otra que el fomento de las relaciones de afectividad entre abuelos y nietos; por otro lado, trata de paliar, en la medida de lo posible, los efectos negativos que supone para el menor la dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

⁹¹ *RJ* 2011, 3711.

⁹² En esta línea, CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II), *op. cit.*, 477.

⁹³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1993 (*RJ* 2013, 3977).

⁹⁴ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4197) la demandante tiene un notorio enfrentamiento con su hermano (padre de la menor), desde que se casó, no siendo aceptada su esposa en el núcleo familiar; lo que provocó que tuviese que cambiar de localidad para obviar la presión familiar, unido ello a los enfrentamientos posteriores por cuestiones hereditarias. En el propio informe psicosocial se hace constar la total ausencia de relación de tía y sobrina, lo que hace deseable la relación para evitar estrés en la menor. Como se declara en la sentencia recurrida, no se trata de restablecer una relación interrumpida, sino de reiniciarla con una niña de corta edad. Por tanto, no se infringe el artículo 160 del Código Civil al constar justa causa para impedir el inicio *ex novo* de la relación con la tía paterna, tampoco se encuentra afectado el interés de la menor pues su tutela hace deseable no introducir una relación que cuando menos se advierte como arriesgada, ni tampoco se viola la doctrina jurisprudencial, por lo que la cuestión carece de interés casacional. En cuanto la fijación de relaciones abuelos/nietos: *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 6 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 17349); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.^a, de 10 de diciembre de 2021 (*JUR* 2022, 159236); de la Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de abril de 2022 (*JUR* 2022, 241928); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 29 de abril de 2022 (*JUR* 2022, 255398) y, de la misma Audiencia Provincial y sección, de 3 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 3019/2023; ECLI:ES:APM:2023:3019).

⁹⁵ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 20 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 72965) acorde con el interés del menor el sistema de visitas, sin que los problemas auditivos del padre impide una correcta relación entre ambos.

⁹⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.^a, de 25 de abril de 2022 (*JUR* 2022, 249992) no procede el derecho de visitas, al presentar el padre problemas de ingesta de alcohol, existiendo, asimismo, episodios de amenazas hacia la madre y siendo las relaciones con el menor impulsivas; lo que provoca que el niño establezca con el padre un apego desorganizado. El interés del hijo es preeminente respecto al del progenitor por lo que cualquier conflicto entre los intereses de los progenitores y el hijo menor ja de resolverse, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

⁹⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008,176) señala al respecto la causa para restringir un régimen de visitas inicialmente acordado al padre «no es la transexualidad del este, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquel atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y de desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra. Ciertamente, no basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paternofiliales de este como la aquí considerada. Lo determinante, en todo caso, es la

efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor. Desde luego, un menor no tiene, ni moral ni jurídicamente, el deber de soportar un trato inadecuado y perturbador de sus padres por razón de los problemas personales que estos padeczan, sean cuales fueren, incluyendo los derivados de una decisión libre de uno de los progenitores de someterse a un proceso de reasignación del sexo. De verificarse tal repercusión negativa para el desarrollo personal del niño habría que adoptar efectivamente las medidas necesarias para evitarla, pero solo en ese caso». En suma, concluye que «la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente acordado inicialmente ha sido adoptada por órganos judiciales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de los progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretende el recurrente y el Ministerio Fiscal, por un supuesto prejuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre, lo que determina que debamos desfavorable en el marco de sus relaciones paternofiliales proscrito por el artículo 14 de la CE».

⁹⁸ *Vid.*, la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Bilbao (Provincial de Vizcaya), núm. 29/2012, de 18 de junio (*JUR* 2013, 100364).

⁹⁹ En esta línea, COLÁS ESCADÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de guarda y custodia*, *op. cit.*, 58 a 64; ROMERO COLOMA, A.M.^a (2010). Derecho de visitas de los abuelos. Su conflicto frente al derecho de visitas de los padres, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, enero-marzo, 64; CASTILLA BAREA M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 496.

En este sentido, también se expresan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3977); de 7 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 2728); de 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 4756); de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6722); de 11 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 4681); y, de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3280). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, de 2 de julio de 1994 (AC 1994, 1230); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.^a, de 22 de septiembre de 1995 (AC 1995, 1575); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 4 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2413); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.^a, de 21 de octubre de 1998 (AC 1998, 2036); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3.^a, de 30 de marzo de 2000 (AC 2000, 3425); de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000, 141670); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 20 de abril de 2001 (*JUR* 2001, 172649); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 245126); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.^a, de 25 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 103428); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 4 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 30189) deseo de la niña de ver a sus abuelos; de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 44534); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 93272); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.^a, de 18 de marzo de 2003 (AC 2003, 824); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.^a, de 18 de julio de 2003 (*JUR* 2004, 24736); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 91617); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.^a, de 8 de junio de 2004 (AC 2004, 1076); de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.^a, de 28 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 206798); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.^a, de 21 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 197047); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 15 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 76793); de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, de 14 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009, 213579); de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 14 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 106713); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, de 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 153862); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.^a, de 31 de julio de 2012 (AC 2012, 1232); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 10 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 41890); de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 22 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 39133); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 9 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 239105) se persigue garantizar a la menor la referencia del no custodio, o restaurar, en la medida de lo posible, la relación dañada, o hacer surgir

el afecto y el apego, lo que resulta sin duda positivo a la hija. Debe la madre abstenerse de interferencias que entorpezcan la relación paternofilial; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 18 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 275153).

¹⁰⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio, *op. cit.*, 206.

¹⁰¹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, sección 1.^a, de 15 de junio de 2006 (*JUR* 2006, 246321) no procede el régimen de visitas y pernocta con el padre los fines de semana alternos y en su períodos vacacionales. Se trata de un hijo recién nacido; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, de 13 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 191555) se trata de menor lactante; de ahí que, se fije un régimen transitorio de fines de semana con pernocta, consiguiendo así una mejor adaptación de ambos y especialmente del menor, a la nueva situación, para continuar después con semanas completas; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 23 de mayo de 2018 (*JUR* 2019, 167465) hasta que el menor cumpla 5 años, en fines de semana alternos, sábados y domingos de 11.00 a 19.00 horas; si bien, deberá efectuarse un seguimiento por la juzgadora de instancia sobre la situación familiar y el entorno socio familiar paterno y materno, a fin de evitar que el menor se vea inmerso en situaciones de riesgo o perjuicio para el mismo, restablecido, consolidado y normalizado el contacto paternofilial y las visitas conforme al régimen anterior; de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.^a, de 4 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 149685) se hace necesario atender a las rutinas escolares del menor y no parece que, dada su edad, lo más recomendable sea que salga de su domicilio una noche entre semana, con la disfunción que ello puede representar para el cumplimiento de los deberes escolares. Se trata de un menor de 7 años; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 14 de febrero de 2020 (*JUR* 2020, 142515) determinación del régimen de visitas de forma libre y voluntaria entre padre e hija; en atención a la voluntad así expresada por la menor en el acto de exploración judicial y su cercanía a la mayoría de edad; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 9 de octubre de 2020 (*JUR* 2021, 3287) vacío de contenido de las visitas paternofiliales por carencia sobrevenida del objeto, habida cuenta de la mayoría de edad alcanzada por el menor.

¹⁰² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2219) padre residente en Miami y madre residente en Mieres con la hija común de 7 años. Existe justificación motivada de la decisión de la Audiencia al decidir que la madre acerque a la hija a Madrid y que esta vuela con los servicios de acompañamiento ofrecidos por las compañías aéreas. Existe una imposibilidad económica de asumir el padre los gastos de traslado para ir a recoger a la niña que duplicarían su importe. Hay una menor onerosidad de la contribución de la madre al trasladar a la niña para coger el avión con el fin de facilitar el derecho de visitas; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 11 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 1226) la distancia entre el País Vasco y Cataluña no justifica por sí sola la reducción de las relaciones personales a una vez al mes pues el régimen de estancias de fines de semana alternos puede cumplirse sin más incomodidad que la del padre que es quien se desplaza desde su residencia habitual, el sistema que solicita el recurrente se viene realizando en la práctica sin especiales problemas a tenor de la exploración realizada a los dos menores en segunda instancia, los cuales mostraron su interés en mantener relaciones con el padre en dicha forma. Disposición de un régimen de relaciones personales suficientemente amplio en relación con las circunstancias del caso cuando no existan pruebas que corroboren la convivencia de un régimen de relaciones personales más restrictivo. Asimismo, *vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, de 18 de octubre de 2019 (*JUR* 2020, 41288) se suprime el régimen de visitas intersemanales por razón de la distancia entre el domicilio paterno y materno. Si bien, no se aprecian circunstancias excepcionales, manteniéndose el régimen de visitas de fines de semana alternos y el de los períodos vacacionales, debiendo hacerse las recogidas de los menores en el domicilio de la madre y la devolución en el domicilio del padre. Por otra parte, respecto de los domingos por razón de la distancia y para permitir el viaje de los menores en un horario razonable, las visitas concluirán a las 17.00 horas.

¹⁰³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 23 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 30238).

¹⁰⁴ Como precisa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 22 de enero de 2018 (AC 2018, 203) se estima procedente que una vez finalizada la intervención del CAF se valore nuevamente por el Equipo Psicosocial adscrito al juzgado a todos los miembros de la familia a fin de determinar y adoptar la medida que mejor convenga al interés prioritario de la hija y así facilitar la comunicación materno-filial y, en definitiva, normalizar las relaciones familiares. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, de 31 de mayo de 2017 (JUR 2017, 173174) en el régimen de visitas existe el deber procesal de oír judicialmente a los hijos antes de adoptar medidas relativas a su cuidado y educación. Permite con ello considerar la voluntad manifestada por los menores como un criterio general relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos.

¹⁰⁵ Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, de 31 de mayo de 2017 (JUR 2017, 173174) que el deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 6 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 3044/2023; ECLI:ES:APM:2023:3044).

¹⁰⁶ Roj. STS 5185/2013; ECLI:ES:TS:2013:5185. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2015 (RJ 2015, 2564) en este caso, estamos ante una niña que en el momento en que se formula la demanda (13 de marzo de 2012) tenía 9 años, con la madurez acorde a su edad y ante una medida que ha sido denegada de forma motivada sin que ello afecte a su esfera personal y familiar, por cuanto resultaba innecesaria e intranscendente en relación al cambio o la determinación del progenitor custodio o al establecimiento de un nuevo sistema de guarda; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 19 de julio de 2018 (JUR 2018, 265591).

¹⁰⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, de 14 de octubre de 2015 (AC 2015, 1611) dispone, al respecto, que no existe obstáculo alguno que imposibilite que padre e hijos puedan estar juntos los días de visita intersemanal desde la salida del colegio de aquellos. No se perjudica la estabilidad del menor, ni la rutina de los menores y, por el contrario, se facilita que los mismos puedan comer algún día fuera de las vacaciones y fines de semana alternos con su padre. Y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 23 de febrero, de 2 y 6 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 2502/2023; ECLI:ES:APM:2023:2502; Roj. SAP M 3030/2023; ECLI:ES:APM:2023:3030; y, Roj. SAP M 3005/2023; ECLI:ES:APM:2023:3005). La primera resolución dispone que, el padre tiene derecho a las visitas intersemanales con pernocta los martes y los jueves debiendo recoger a la menor a la salida del centro escolar y reintegrándole en el mismo al día siguiente por la mañana; en la segunda resolución se fija una visita la tarde de todos los miércoles, desde la salida del colegio o actividad extraescolar, hasta las 20:30 horas con entrega en el domicilio materno; y, en la tercera resolución se establece que, los menores estarán con su padre dos días intersemanales con pernocta desde las 19:00 horas con recogida en el portal del domicilio materno hasta el día siguiente con la entrada en el centro escolar (o a las 11:00 horas en el portal del domicilio materno), si fuera día no lectivo, salvo acuerdo de las partes.

¹⁰⁸ *Vid.*, la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Barcelona, núm. 60/2013, de 13 de noviembre (JUR 2014, 48208) el régimen de visitas, en defecto de acuerdo entre las partes, a favor del padre D. Alonso consistente en: fines de semana alternos desde la salida del centro escolar o las 17 horas del viernes (en este último caso cuando ese viernes no haya actividad escolar) hasta las 20 horas del domingo; y un día intersemanal, los miércoles desde la salida del centro escolar; o las 17 horas, si ese día no tiene el menor actividad escolar, hasta las 20.30 horas. Los períodos vacacionales se distribuirán por mitad entre ambos progenitores. En defecto de acuerdo entre ambos, las vacaciones de Semana Santa se repartirán igualmente en dos períodos desde la salida del centro escolar el último día lectivo hasta las 20 horas del miércoles de Semana Santa y desde las 20 horas de ese miércoles hasta la entrada en el centro escolar el primer día lectivo. Respecto de las vacaciones de Navidad, se distribuirá en dos períodos: el primer período comprenderá desde

la salida del colegio el último día lectivo hasta el 31 a las 15 horas y el segundo desde las 15 horas del día 31 hasta la entrada en el centro escolar el primer día lectivo. En cuanto a las vacaciones de verano, que comprende meses de julio y agosto corresponderán a ambos progenitores por mitad por quincenas alternas. El primer período vacacional incluye desde las 20 horas del día 1 de julio hasta las 20 horas del día 15 de julio; el segundo desde las 20 horas del día 15 de julio a las 20 horas del día 31 de julio; el tercero desde las 20 horas del día 31 de julio a las 20 horas del día 15 de agosto; el curso desde las 20 horas del día 15 de agosto a las 20 horas del día 31 de agosto. Desde la finalización del curso escolar hasta del día 15 de julio y de 31 de agosto hasta el inicio del curso escolar, se realizará el régimen de visitas ordinario. Las entregas y recogidas que no se deban realizar en el centro escolar se harán en el domicilio materno por el padre o por un tercera persona, preferentemente, la abuela paterna del menor.

Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 5 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 178748) niña de un año de edad. Fines de semana alternos, sin que sea óbice la circunstancia que la menor se alimente con leche materna; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 9 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 301870) padre tripulante de cabina de avión. Determinación por él de los fines de semana y días intersemanales atendiendo al cuadrante de trabajo. Comunicación fehaciente a la madre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 21 de octubre de 2015 (*JUR* 2016, 178726) teniendo en cuenta que la niña tiene dos años de edad y ha alcanzado el nivel de autonomía propio de esa edad y que irá creciendo, no se advierte ninguna razón para limitar la pernocta de la hija con su padre, ni tampoco para limitar el lugar concreto en que el padre desarrolle su relación con la hija cuando la tenga en su compañía; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 17 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 201657) imposición de un régimen de estancias del padre con los hijos de fines de semana y festivos intersemanales alternos, repartiendo por mitad los períodos vacacionales de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 2 de febrero de 2023 (Roj. SAP 2219/2023; ECLI:ES:APZ:2023:2219) fines de semana alternos, sábados y domingos de 11:00 a 20:00 horas sin pernocta con entregas y recogidas en un Punto de Encuentro Familiar; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 20 de febrero de 2023 (Roj. SAP V 72/2023; ECLI:ES:APV:2023:72) la fijación de un régimen de visitas del padre con la menor los fines de semana alternos sin pernocta con entrega y recogida de la menor por un tercero. Asimismo, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 1.^a, de 2 de febrero de 2023 (Roj. AAP Z 2189/2023; ECLI:ES:APZ:2023:2189) derecho de visitas consistente en fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes y entrega de la menor, el lunes por la mañana en el centro escolar; unas visitas intersemanales de dos tardes, desde la salida del colegio hasta las 19:00 horas, entregándose en el Punto de Encuentro Familiar, así como la mitad de las vacaciones escolares.

¹⁰⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 20 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 126913) fijación de período mensual para las vacaciones de verano. Padre entrenador de fútbol que reside en Kuwait teniendo 30 días de vacaciones en verano; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, de 22 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 214921) períodos vacacionales: división por quincena durante julio y agosto y alternativo durante junio y septiembre; de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.^a, de 9 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 219118) la estancia de la menor con el padre será uno de cada dos fines de semana de forma alterna y la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa. Los puentes los pasará la menor con el padre, y también los días de vacaciones escolares del mes de junio y septiembre, dos quincenas no consecutivas durante los meses de julio y agosto; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.^a, de 27 de junio de 2017 (AC 2017, 1191) cambio de domicilio de la madre no custodia a otra localidad a muchos kilómetros. De ahí que, se acuerde que el menor permanecerá en compañía de la madre los períodos íntegros de todos los puentes y festividades escolares, carnavales y Semana Santa, a excepción de las vacaciones de verano y Navidad que se disfrutarán por mitad entre ambos progenitores: el padre y la menor también podrán disfrutar de su compañía en los períodos de ocio y no solo durante el año escolar. Elección por la madre de los períodos de vacaciones estivales y de Navidad todos los años; de la Audiencia Provincial de Cáceres,

sección 1.^a, de 3 de octubre de 2019 (*JUR* 2019, 305580) establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio y progenitor custodio en período de vacaciones. Los períodos comprenden desde el último día lectivo hasta el día 30 de junio y desde el día 31 de agosto hasta el último día de vacaciones. Será disfrutado cada período de los meses de julio y agosto. No podrá unirse estos períodos de junio y septiembre con los períodos de julio y agosto por el mismo progenitor; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 18.^a, de 21 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 70003) vacaciones de verano; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 18 de septiembre de 2020 (*JUR* 2020, 319617) en defecto de acuerdo entre los progenitores en años pares los períodos vacacionales le corresponderá al padre la primera mitad y a la madre la segunda mitad y a la inversa en años impares. Se considera más estable y beneficioso para la familia y por tanto, para los hijos, dejar fijados de antemano los períodos de disfrute. De esta forma, se evitan problemas de comunicación entre los progenitores y permite una planificación de las actividades vacacionales de los hijos; y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 10 de marzo de 2022 (Roj. SAP 101/2022; ECLI:ES:APLO:2022:101) la sentencia de primera instancia estableció, en cuanto al régimen de visitas, que el hijo de los litigantes estaría en compañía de su padre un fin de semana al mes y sobre el régimen de vacaciones de Semana Santa, que el menor estaría en compañía del padre la integridad de dichas vacaciones. En el recurso de apelación la madre impugna este último pronunciamiento argumentando que la Semana Santa en Sevilla, localidad en la que ha pasado a residir, tiene una relevancia especial que, no tiene, al menos hasta ese punto, en el resto de España. El menor es miembro de una hermandad religiosa, a la que pertenece toda la familia de la madre y tiene la ilusión durante todo el año de poder salir de nazareno en la procesión con el resto de la familia y amigos. Propone, en definitiva, que al menos un año de cada dos el hijo pueda pasar las vacaciones de Semana Santa en Sevilla para poder participar de esta fiesta tan relevante para los sevillanos. La Audiencia Provincial de La Rioja comparte el criterio de la recurrente. Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal constata, como punto de partida, la singularidad de la festividad de Semana Santa, en atención a las actividades que puede realizar, o a las que se puede asistir, durante ese período y la riqueza de su variedad en diferentes zonas de España. La sentencia de instancia acordó que, mientras sea menor de edad, el hijo nunca disfrute de la Semana Santa con el padre, le privaría de la experiencia de poder compartir con su madre el tipo de actividades culturales, tradicionales o religiosas específicas de estas fechas e insusceptibles, en su especificidad, de ser compensadas por otros períodos vacacionales. La ponderación de esta singularidad y la ausencia de una oposición por motivos de fondo de la representación procesal del progenitor en este punto, lleva al Tribunal a establecer que este período vacacional habrá de disfrutarse por el menor por años alternos con cada uno de los progenitores.

¹¹⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 11 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 216337) y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 3 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1969/2023; ECLI:ES:APM:2023:1969) el día del padre con su padre.

¹¹¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.^a, de 27 de junio de 2017 (AC 2017, 1191) menor que permanecerá en compañía de la madre los períodos íntegros de todos los puentes y festividades escolares, carnavales y Semana Santa, a excepción de las vacaciones de verano y Navidad que se disfrutan por mitad entre ambos progenitores: el padre y la menor también han de poder disfrutar de su compañía en los períodos de ocio y no solo durante el año escolar. Elección de la madre de los períodos de vacaciones estivales y de Navidad todos los años.

¹¹² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 8 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 5291) acontecimientos de violencia de género y situación de riesgo que puede comportar a la menor la pernocta con su padre, aunque los aposentos de fin de semana se realicen en el domicilio de los abuelos paternos, vista la problemática de personalidad y la inestabilidad conductual y emocional. Fijación de un régimen de visitas sin pernocta en el punto de encuentro más cercano al domicilio de la menor y con la presencia del abuelo paterno, hasta que se normalice la situación y las relaciones padre-hija acontezcan adecuada y fructíferas por un buen desarrollo integral

de la menor; las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.^a, de 24 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 103014) entregas y recogidas de la niña del matrimonio en el punto de encuentro. Las pernoctas se llevarán a cabo, mientras el padre no disponga de una vivienda en adecuadas condiciones de habitabilidad, estanqueidad y comodidad en el domicilio de la hermana del padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 31 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 156674) determinación con claridad y precisión de los días y horas en que la menor estará en compañía de su madre y siempre desde el inicio del régimen de visitas se realicen los intercambios de la menor en el punto de encuentro, por lo menos durante los primeros meses, con el fin de evitar situaciones de conflictividad entre ambos progenitores; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 24 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 132859) sistema de contactos progresivo a desarrollar inicialmente en punto de encuentro familiar, mientras el padre se encuentre en situación de prisión, en ningún caso, el derecho de visitas puede constituir una excusa a través de la cual se proyecten las tensiones, enemistades y discrepancias entre los padres, puesto que, su fin no es otro que el de facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 17 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 166187) el régimen de visitas se desarrolla en el punto de encuentro familiar habida cuenta de los desajustes que se han acreditado en el comportamiento del padre por consecuencia del consumo de sustancias, bajo cuyo efecto se muestra agresivo, lo cual supone un riesgo real para estos niños a consecuencias de sus cortas edades; de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2018 (*JUR* 2019, 12183) visitas a favor del padre que necesita ser supervisado por el PEF por la patología de base que padece el padre de trastorno psicótico; de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.^a, de 23 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 136739) es preciso que la recogida y entrega del mismo a la madre se efectúen durante un tiempo en el punto de encuentro y progresivamente se te vayan acercando al régimen normal. No puede ignorarse a efecto de valor por la integridad de la menor y que su adaptación a la relación con un progenitor con el que previamente no había tenido contacto ha de ser el valor a considerar; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 27 de mayo de 2020 (*JUR* 2020, 210980) la evolución de la relación con el padre marcará la progresión en las estancias, lo que se verificará en ejecución de sentencias a través de los informes periódicos del Punt de Trobada con las necesarias garantías para que esa ampliación se haga en su interés; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 20 de julio de 2020 (*JUR* 2020, 252123) reanudación de la relación paterno filial a través del punto de encuentro familiar próximo al domicilio del menor. Al comienzo las visitas serán supervisadas de una hora de duración semanal, pudiendo según su evolución accordarse su ampliación, el paso a intercambios o el cese de la intervención del servicio; y, de la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.^a, de 18 de diciembre de 2020 (*JUR* 2020, 25045).

¹¹³ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 2.^a, de 23 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 190577) presencia de persona de confianza de la madre durante el mantenimiento de las visitas del padre por período de tres meses; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a, de 28 de diciembre de 2017 (*AC* 2018, 52) petición que las visitas de los hijos con el padre se lleven a cabo en compañía de un tercero. No procede, pues, en este momento no hay riesgo alguno objetivables que aconseje el establecimiento de tal medida en interés de los hijos, salvo cuestionar la capacidad del progenitor privándole a los niños de tener una relación fluida y favorecedora con su padre en tanto que la presencia de la madre o de una tercera persona no haría más que interferir en una relación que, a pesar de la enfermedad, siempre estuvo normalizada, y en la que el progenitor, con buen sentido, ya se procurara, si lo precisa, la ayuda o auxilio de terceros.

¹¹⁴ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.^a, de 2 de febrero de 1998 (*AC* 1998, 438) al padecer el padre un trastorno afectivo mayor síndrome psicótico, se realizarán las visitas en presencia de la abuela paterna que se responsabiliza de la atención del menor.

¹¹⁵ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 9 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 36530).

¹¹⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022 (Roj STS 3402/2022; ECLI:ES:TS:2022:3402).

¹¹⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2782); Y, de 27 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 5043); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 1 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 232319) determinación de un régimen de visitas progresivo en favor del padre de la niña de tres años que no ha mantenido contacto alguno con aquél y en la práctica no lo conoce; de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.^a, de 2 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 45772); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 7 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 143956); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, de 27 de diciembre de 2019 (*JUR* 2020, 53251) régimen de visitas progresivo para re establecer la necesaria confianza padre-hija: visita de tres horas de duración un día a la semana a través del punto de encuentro familiar que irá aumentando progresivamente, conforme a los informes que elabore dicho Centro, hasta el establecimiento de un régimen ordinario de estancias en fines de semana alternos y dos días entre semana; y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 4 de noviembre de 2021 (*JUR* 2022, 12996) régimen progresivo que permita al menor y dentro de las exigencias de su edad que, se vaya adaptando lo necesario contacto con su padre, pero sino que ello origine situaciones de tensión o traumáticas separaciones de la madre.

¹¹⁸ *Vid.*, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, número 24, de 12 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 178267) procede al nombramiento de un Coordinador de la Parentalidad ante la incapacidad de las partes para lograr por sí solos una adecuada, ordenada y pacífica ejecución y desarrollo del régimen de estancias y del correcto ejercicio coordinado y normalizado de las funciones parentales; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2019 (*AC* 2020, 95); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.^a, de 24 de febrero de 2020 (*JUR* 202, 299444).

¹¹⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 30 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 25497) visitas aconsejables en beneficio del menor. Necesidad de un tratamiento terapéutico por psicólogos y psiquiatras que propician la estructuración de la relación paterno-filial; y, de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.^a, de 20 de marzo de 2020 (*JUR* 2020, 185791).

¹²⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 10 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 51353) se posibilita un régimen de visitas condicionada al sometimiento del padre a tratamiento de deshabituación al alcohol y, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.^a, de 7 de junio de 2022 (*JUR* 2022, 308072).

¹²¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 1995 (*RJ* 1995, 5591); y de 28 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 7257).

¹²² *RJ* 2015, 5376.

¹²³ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 29 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 272162) debe primar el interés de la menor a gozar un régimen relacional con el padre que cimiente y fortalezca los lazos afectivas padre-hija; lo que parece contradictorio con el establecimiento de un régimen de visitas limitado a un fin de semana de cada dos; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 6 de marzo de 2020 (*JUR* 2020, 179980) fijación del calendario atendiendo a la posibilidad de que sean fines de semana completos; de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.^a, de 25 de abril de 2022 (*JUR* 2022, 249992) de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 20 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 2594/2023; ECLI:ES:APM:2023:2594) señala, al respecto, que «el interés del menor no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado que la doctrina ha venido relacionado bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o Administraciones Públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su efectividad, junto a otros aspectos de tipo material; y, bien simplemente con la protección de su derechos fundamentales»; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 16 de febrero de 2023 (Roj. SAP V 67/2023; ECLI:ES:APV:2023:67); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 22 de febrero de 2023 (Roj. SAP Z 97/2023; ECLI:ES:APZ:2023:97).

¹²⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3172) señala que a partir de los principios generales de interés del menor y con-

tribución equitativa a los gastos elabora la doctrina sobre el reparto de gastos de los traslados derivados del ejercicio del derecho de visitas y entiende que, en el caso concreto (viaje de treinta y dos kilómetros en autobús de un niño de cuatro años, padres de escasos ingresos) debe ser casada la sentencia que atribuye al progenitor que no tiene la custodia todos los gastos de recogida y retorno, sin ponderar expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas. Se confirma la del juzgado que atribuía a cada progenitor la recogida del niño en el domicilio del otro; de 14 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5798) se respetará el derecho del niño a no estar separado de uno o de los dos progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior; de 20 de octubre de 2014 (Roj. STS 4072/2014; ECLI:ES:TS:2014:4072) casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la del Juzgado que, valorando las circunstancias concurrentes en un caso en el que, por ser conforme al interés del menor, se autoriza que la madre custodia se traslade a Brasil (la madre vuelve a su país, donde tiene a toda su familia directa, el padre carece de un entorno familiar insuficiente para cuidar al hijo si encontrara trabajo) y se fija que los gastos de traslado del niño para visitar al padre sean compartidos («protegiendo las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos»); de 19 de diciembre de 2014 conforma la sentencia que, valorando el interés del menor y atendiendo a la modificación sustancial de las circunstancias (cambio de trabajo y menores ingresos del padre y la edad del menor, que, inicialmente, desaconsejan el traslado en transporte público —la madre carecía de medio propio de transporte—, sin adaptación para niños de corta edad), modifica la situación inicial (en la que el padre asumía los gastos de traslado para recoger al menor y retornarlo) y, haciendo pivotar sobre los dos progenitores los gastos de traslado y los tiempos utilizados a tal fin, acuerda que en la semana y vacaciones que le corresponda al padre recogería él al niño en Bilbao (donde vive con la madre) y la madre lo recogería en Burgos (donde vive el padre) y lo retornaría a Bilbao; de 23 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4022) casa la sentencia que atribuía a la madre custodia todos los gastos de traslado del menor para visitar a su padre; en el caso, tras apreciar error notorio en la valoración de la prueba (sobre si el traslado de la madre, militar de profesión, de Tenerife a Melilla, fue voluntario o forzoso) e incongruencia (el padre no solicitó la custodia ni la totalidad de las vacaciones de Semana Santa), la Sala asume la instancia y declara que, con arreglo a los principios de interés del menor y reparto equitativo de las cargas, procede que la madre custodia asuma la mitad de los gastos de desplazamiento del hijo a la residencia del padre, excepto en las vacaciones de verano. Tiene en cuenta para ello la ausencia de traslado caprichoso de la madre y el incremento de los gastos que recaen sobre el padre para visitar a su hijo, lo que redundaría en su perjuicio, en cuanto obstaculiza la relación padre e hijo; de 19 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5495) casa la sentencia recurrida que, sin ponderar el interés del menor el reparto equitativo de cargas, opta por atribuir al padre la recogida y retorno de la menor. Asumiendo la instancia, la Sala declara que corresponde a cada progenitor hacer frente a los gastos de transporte del desplazamiento para recoger y llevar al niño a su respectivo domicilio (Sevilla, donde se ha trasladado la madre custodia y Valencia, donde reside el padre). Atiende para ello a los ingresos y posibilidades de acceso al trabajo de ambos; de 27 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4847) confirma la sentencia que, a la vista de las circunstancias del caso (la residencia de la madre y del menor, de cuatro años, siempre ha sido Madrid, el padre se trasladaba allí desde Granada antes de la ruptura efectiva de la pareja y tiene una capacidad económica superior, la pensión que se fija es moderada en atención a sus ingresos y gastos, incluidos los de desplazamientos para el derecho de visita) valora que el interés del menor es que este permanezca con la madre y sea el padre el que se desplace para ejercitarse el derecho de visita; de 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2219) justificación motivada de la decisión de la Audiencia Provincial al decidir que la madre acerque a la hija a Madrid y que esta vuela con los servicios de acompañamiento ofrecidos por las compañías aéreas. Padre residente en Miami y madre residente en Mieres con la hija común de 7 años. Al valorar las circunstancias del caso, como la distancia, la edad de la niña, la posibilidad de hacer uso de un servicio de compañías aéreas, los períodos de vacaciones del padre y las vacaciones escolares de la niña. Acepta de este modo aplicando el principio del interés superior del menor, la propuesta del padre que alegaba la

imposibilidad económica de asumir los gastos de traslado para ir a recoger a la niña, en la medida en que ello duplicaría su importe, así como la menor onerosidad de la contribución de la madre de trasladar a la niña para coger el avión, con el fin de facilitar, en interés de la menor, el derecho de visitas; y, de 18 de mayo de 2022 (*RJ* 2022, 2656) la carga económica que no tiene que ser soportada exclusivamente en este caso por el padre, que es quien realiza además el esfuerzo de los desplazamientos. Contribución de la madre por cada viaje de ida y vuelta y gastos de estancia con un límite de 150 euros con actualización anual conforme al IPC por un criterio elemental de proporcionalidad. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 9 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 301870) padre tripulante de cabina de avión. Determinación por él de los fines de semana y días inter semanales, atendiendo a su cuadrante de trabajo. Comunicación del mismo a la madre; de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 23 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 30238); y, de 19 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5495) consta acreditado que el padre trabaja como masajista deportivo, mientras que la madre es licenciada en psicología y convive con otra pareja. Por tanto, uno tiene medios económicos suficientes y ella tiene formación universitaria como para optar a trabajo dependiente o autónomo, el cual ha desarrollado en alguna ocasión, por lo que, el padre deberá recoger a la hija en el centro escolar y será la madre quien irá a por ella al domicilio paterno cuando concluya el régimen de visitas o estancia, todo ello sin perjuicio del deseable acuerdo de las partes en tanto no viole el interés de la menor. De la misma manera, podrán optar porque el viaje se haga en línea de tren AVE existente entre Valencia y Sevilla, usado servicio de acompañante de menores, de forma que el padre abonará el billete de la menor de Sevilla a Valencia y la madre el de Valencia a Sevilla, con lo que, le evitan a la menor el desplazamiento de 1400,8 km en automóvil o autobús, de ida y vuelta. De forma que, se *ratifica como doctrina jurisprudencial* que: «para la determinación de quien es el obligado a trasladar y retomar al menor al domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto o viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio para ejercer el derecho de visita y el custodio le retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual; b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables»; de la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.^a, de 24 de octubre de 2017 (*JUR* 2018, 12301) asunción por ambas partes de los gastos de desplazamientos derivados del régimen de visitas, siendo el padre quien seguirá efectuando los desplazamientos, tanto de recogida como de entrega, compartiendo ambos los gastos que se generen, con la debida justificación y en la proporción del 60% el padre y 40% la madre. Por otra parte, la posibilidad de agrupar los días correspondientes a fines de semanas alternos únicamente podrá llevarse a cabo sin que comporte un traslado de residencia semanal de la niña, ni doble escolarización; de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.^a, de 25 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 148589) el interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño: se establece ya un fin de semana amplio, desde las 12.00 horas del viernes los días no lectivos, dos visitas intersemanales amplias y el día del cumpleaños de la menor tendrá derecho a estar con el progenitor con el que no le corresponda la estancia desde las 18.00 horas hasta las 20.00 horas.

¹²⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3172).

¹²⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022 (*RJ* 2022, 2656) progenitores residentes en países distintos. Los gastos de desplazamiento

implica que la carga económica no tiene que ser soportada exclusivamente en este caso por el padre, que es quien realiza, además, el esfuerzo de los desplazamientos. Contribución de la madre por cada viaje de ida y vuelta y gastos de estancia con un límite de 150 euros con actualización anual conforme al IPC por un criterio elemental de proporcionalidad; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 23 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016,30238) reparto equitativo entre los progenitores, cuando ambos residen en localidades distintas, atendiendo a su capacidad económica y demás circunstancias personales; de la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.^a, de 24 de octubre de 2017 (*JUR* 2018,12301) asunción por ambas partes de los gastos de desplazamientos derivados del régimen de visitas, siendo el padre quien seguirá efectuando los desplazamientos, tanto de recogida como de entrega, compartiendo ambos los gastos que se generen, con la debida justificación, y en la proporción del 60% el padre y el 40% la madre. La posibilidad de agrupar los fija correspondientes a los fines de semana alternos únicamente podrá llevarse a cabo son que comparte un traslado de residencia semanal de la niña, ni doble escolarización; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 20 de febrero de 2020 (*JUR* 2020, 159346) gastos de desplazamiento a cargo del padre; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 15 de mayo de 2020 (*JUR* 2020, 185326) dada la distancia entre la actual residencia de la madre y sus hijos y su carencia de medios económicos, parece aconsejable que sea el padre quien asuma, en tanto se mantenga esa carencia de ingresos, los gastos de desplazamiento, abonando el billete correspondiente al medio de transporte en las fechas en que la madre venga a visitar a sus hijos.

¹²⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 2 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 347474) medio de transporte en avión, siempre que el padre esté esperando a su hija en el aeropuerto.

¹²⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sección 1.^a, de 10 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 171970); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 20 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 34612) no procede el régimen de visitas, pues, se atribuye a la hija de 14 años, de autonomía para determinar si procede o no. No cabe imponer a la menor dicho régimen de visitas; de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.^a, de 16 de octubre de 2015 (*JUR* 2016, 107349) procede un régimen de visitas abierto, pues, la hija cuenta en la actualidad con 16 años. Como el derecho del padre de comunicar con los hijos menores de edad no puede realizarse de forma forzada y que pueda producir perjuicio al menor. Se fija un régimen de visitas rígido y tutelado en el punto de encuentro familiar; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 11 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 28153) aunque existe una mala relación con la madre, se establece un régimen de visitas en fines de semana alternos y mitad de vacaciones, siempre que esté conforme la hija; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 20 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 293917) las hijas presentan el suficiente grado de madurez, juicio, criterio e independencia física como para poder determinar en régimen de igualdad con su padre el tiempo, modo y lugar de desarrollo de los contactos, cuando el sistema en su día convenido es ajustado a las necesidades de las niñas. Para la concreción del régimen de visitas, se atiende siempre al superior interés de los menores, para garantizar que gocen de la adecuada referencia de la figura paterna, de la que precisan para mantener su estabilidad familiar, escolar, social y de todo orden y para su crecimiento como personas; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 2 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 227598) se tendrá siempre y en todo caso, en cuenta la decisión y la manifestación del menor.

¹²⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 10 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 132746); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.^a, de 4 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 208857) ampliación del derecho de visitas a favor del padre al existir un principio de flexibilidad y acuerdo entre las partes que primará en todo caso, respecto del régimen de visitas establecido.

¹³⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a, de 23 de enero de 2016 (*RJ* 2018, 876) precisa, en este caso, que un régimen de libre albedrío del menor, podría comportar que se consolidase la desafección entre madre e hijo; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.^a, de 3 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 203685) reanudación tras decisión de suspensión, Menor de 16 años; de

la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 18 de junio de 2019 (*JUR* 2019, 310741) teniendo en cuenta la edad del descendiente, 16 años de edad, imponerle un sistema rígido de visitas va a ser de muy difícil práctica, dada la negativa de aquel a tal relación. Además, se revelaría contraproducente en orden a una deseable normalización de las relaciones entre ambos que, debe buscarse por caminos distintos; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 11 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 291846) se trata de un menor que ya tiene 14 años que ni siquiera ha sido oído sobre el régimen de visitas, ni solicitado por el progenitor. Hay una falta de contacto con él desde hace ya cuatro años al haber el padre desaparecido sin intentar mantener una relación para con sus hijos. Por lo que, no procede establecer un régimen de visitas.

Igualmente, *vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.^a, de 9 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 223227) el régimen de visitas no solo para lograr el desarrollo de la relación entre el padre y la hija, sino también para salvaguardar la estabilidad psicológica de la menor. Son ambos progenitores quienes tienen que reconocer su respectiva responsabilidad en la situación de bloqueo emocional en la que encuentra su hija, y son ambos responsables de que esté a su alcance para superar esa situación, de modo que puedan cumplirse de manera efectiva los intercambios de la segunda fase del régimen de visitas.

¹³¹ *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.^a, de 9 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 223227); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 18 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 148986) se hace preciso que se acepte por ambos progenitores un compromiso claro tendente a resolver cualquier situación afectante al menor, en un marco de normalidad familiar, aproximando el modelo de convivencia de custodia compartida aquella otra rutina de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, al tiempo que es preciso garantizar a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficios para los hijos menores; de la Audiencia Provincial La Coruña, sección 6.^a, de 25 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 148589); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 28 de junio de 2019 (*JUR* 2019, 269323); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 24 de enero de 2022 (*JUR* 2022, 172879).

¹³² *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.^a, de 8 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 173970) no tiene razón de ser mantener un régimen de visitas en períodos vacacionales como el dispuesto en la sentencia de instancia: el propio progenitor que debe cumplirlo, en este caso, el padre, interesa su reducción y existe el riesgo evidente que este lo incumpla, generando desasosiego en su hijo que vería frustradas las expectativas de estar con él; tampoco se advierte que en este momento el menor tenga necesidad de mantener con su padre un régimen de visitas más amplio que el propuesto por la madre; y, de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.^a, de 20 de junio de 2019 (*JUR* 2019, 230015).

¹³³ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.^a, de 21 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 152562) además la edad alcanzada por el menor, facilita que su opinión deba ser tenida en consideración; y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.^a, de 12 de marzo de 2020 (*JUR* 2020, 170977) los períodos vacacionales de verano con cada progenitor serán por quincenas, salvo acuerdo de los padres en interés superior del menor. La elección de dicho período en defecto de acuerdo será el progenitor paterno los años pares y por el materno los impares. No se trata de una distribución de estancias con la menor, se busca el interés superior de la menor que al contrario lo que permite es consolidar los vínculos con el progenitor no custodio y mejora las relaciones.

¹³⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 30 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 254979); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 12 de mayo de 2020 (*JUR* 2020, 167089).

¹³⁵ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 10 de noviembre de 2017 (*JUR* 2017, 308955) régimen de visitas restrictivo sin pernocta. Difícil relación entre los hijos y el padre, del que no consta con claridad su estabilidad domiciliaria, ni un interés determinante en retomar una adecuada relación con sus hijos.

¹³⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016,4580) la denuncia por abusos sexuales del padre hacia la hija fue archivada

provisionalmente. Por lo que, se acuerda un derecho de pernocta de la menor con su padre y abuelos paternos, atendiendo a los informes psicosociales favorables; las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 30 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 30732) el régimen de visitas del hijo menor a favor del padre, incluye el desarrollo con pernocta, visitas de larga estancia y gastos de desplazamiento para el desarrollo del régimen de visitas; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, de 20 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 205604) el padre recurrente tiene derecho a pernoctar con el hijo común durante las visitas mensuales al mismo, así como durante los períodos vacacionales que le corresponda, quedando obligado a notificar con tres semanas de antelación las fechas exactas en las que se desplazará hasta Salamanca para cumplir con el régimen de visitas mensuales y períodos vacacionales; de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.^a, de 31 de marzo de 2020 (*JUR* 2020, 194532) a favor del padre con pernocta en el domicilio de los abuelos paternos ante el temor del menor de episodios de ingesta de alcohol por parte del padre; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, de 19 de noviembre de 2021 (*JUR* 2022, 54058); y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.^a, de 15 de noviembre de 2022 (Roj. SAP BA 1504/2022; ECLI:ES:APBA:2022:1504) estima el recurso interpuesto por la recurrente y accede a la reclamación que el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio a favor de su hijo también abarque las vacaciones. En el presente caso, entiende la Sala que un régimen de visitas que se limita a un fin de semana al mes con pernocta, es un régimen de visitas insuficiente y contrario al interés del menor. A tal fin, señala que, si bien es cierto que los deseos del menor deben ser tenidos en cuenta, en el caso de un hijo de 12 años no hay razones para privar al progenitor no custodio de las estancias en períodos vacacionales; y, sin que el hecho que la residencia del menor esté a 700 km sea un impedimento para ello.

¹³⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.^a, de 2 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 279799) régimen de visitas a favor de la madre, exclusión de pernocta al no aceptar el menor a la pareja de su madre; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, de 14 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 55060) régimen de visitas a favor de la madre sin pernocta. Medida justificada dadas las circunstancias, ya que «la madre ha tenido un ingreso psiquiátrico por intento de autolisis», que «ha llegado a ser hospitalizada por intoxicación de cocaína», y, en definitiva, «no se encuentra en condiciones para cuidar de su hijo».

¹³⁸ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.^a, de 27 de marzo de 1999 (AC 1999, 4825); de la misma Audiencia Provincial, sección 3.^a, de 26 de junio de 1999 (AC 1999, 7503) permiten una comunicación telefónica; de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 3.^a, de 22 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 75682) derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 14 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 156676) la madre debe garantizar que el hijo se comunique con el padre por vía telefónica o telemática (videoconferencia o similar), dos tardes a la semana durante un mínimo de 15 minutos; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.^a, de 8 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 287223) comunicación telefónica con el menor, fuera del horario escolar, los días en que no le corresponda el ejercicio de un derecho de visitas y por el tiempo máximo de treinta minutos y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 1 de marzo de 2023 (Roj. SAP V 31/2023; ECLI:ES:APV:2023:31) se acuerda comunicación por vía telefónica, vía Skype, wasap o de cualquier forma telemática entre padre e hija sin entorpecer las rutinas escolares y vitales de la menor.

¹³⁹ *JUR* 2020, 105386.

¹⁴⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.^a, de 21 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 166399) ampliación del régimen de visitas a favor del padre a dos fines de semana al mes desde el viernes por la tarde. El trabajo parcial durante los fines de semana en un bar no es causa que exima al padre de la obligación de cuidar de su hijo.

¹⁴¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.^a, de 2 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 223785) la suspensión o negación del derecho de visitas tiene carácter excepcional. Establecimiento de un amplio régimen de visitas a favor de la madre.

¹⁴² *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 4 de octubre de 2001 (*JUR* 2001, 329229); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 27

de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 215812); de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.^a, de 10 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 305827) régimen restrictivo fiscalizado mediante la aplicación de punto de encuentro. Se procura el interés superior del menor; y de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9.^a, de 12 de febrero de 2016 (*AC* 2016, 995).

¹⁴³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 5905).

¹⁴⁴ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.^a, de 30 de octubre de 2020 (*JUR* 2020, 362230).

¹⁴⁵ Roj. 5188/2022; ECLI:ES:TSJVC:2022:5188; Diario La Ley, núm. 10214, sección jurisprudencia, 24 de enero de 2023, 1-4. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.^a, de 13 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 283586) la madre se puede comunicar con los menores siempre que no se encuentren en su compañía y en caso que, el día inmediatamente anterior o posterior al fin de semana fuera festivo, o en su caso «de puente escolar» los días de vacaciones se añadirá a los que corresponde al titular de ese fin de semana.

¹⁴⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.^a, de 11 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 165848).

¹⁴⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4435); y de 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4868) en la sentencia recurrida se constata que la madre ha cuidado con mayor dedicación de la menor, dado que el padre ha tenido que compatibilizar sus estudios de enfermería con el trabajo de ayudante de cocina y hoy de taxista. En la sentencia de apelación se parte del cariño del padre hacia su hija, y de las habilidades parentales de ambos progenitores. En la sentencia recurrida se facilita extensamente el contacto del padre con la menor, fijando fines de semanas alternos y visitas los martes y jueves, todo lo cual propicia que la menor no se desvincule de ninguno de sus progenitores.

¹⁴⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3977); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 1 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 192196); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 20 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 166498).

¹⁴⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2966) se fija un régimen en el que se implica al padre y a la madre en la flexibilización de las visitas primando en primer lugar la convivencia de estos, previo acuerdo. En defecto de este, siempre indeseable, se prevé un régimen bastante amplio de visitas y comunicaciones del menor con la madre. Las mayores molestias serán para el menor, al tener que soportar los traslados propiciados por las residencias distantes de sus progenitores. De ahí y es la salvedad que anunciamos, en interés del menor, y teniendo en cuenta que las vacaciones de Semana Santa son ciertas y en aras de una mayor de estabilidad en el disfrute de tales vacaciones, se considera que las comparte de domingo a domingo en compañía del progenitor no custodio, que es la madre. Ahora bien, teniendo en cuenta la residencia en localidades lejanas de los progenitores, y al tener ingresos semejantes, se reparte al 50% de los gastos de desplazamiento del menor.

¹⁵⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 13 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 167680) ampliación a favor del padre. Concreción de las rutas para la recogida y entrega del menor; compromiso de facilitación telefónica y videoconferencia si fuera posible entre el niño y progenitor con quien no esté en ese momento el menor; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.^a, de 3 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 211688) se reconoce la voluntad de los menores de tener el mismo contacto por igual con el padre y con la madre. De ahí que, se opte por ampliar el régimen de visitas a favor del padre, pues, ambos progenitores pueden ofrecer un modelo de custodia que garantice un adecuado desarrollo personal de los menores, a pesar de las desavenencias entre los mismos y las situaciones desagradables vividas en el seno de la familia, al intentar ambos que los hijos comunes avancen adecuadamente en el ámbito escolar, familiar y social. Todo ello viene avalado por el informe pericial favorable de la psicóloga.

¹⁵¹ *RJ* 2017, 5439.

¹⁵² *JUR* 2021, 373400.

¹⁵³ *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 2294); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.^a, de 10 de diciembre de 2018 (*JUR* 2019, 40464); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 14 de febrero de 2020 (*JUR* 2020, 103460).

¹⁵⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 22 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 82404); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 2 de julio de 2015 (*JUR* 2016, 108088) padre en centro penitenciario con problemas de adicción a sustancias estupefacientes. Suspensión temporal del derecho de visitas, atendiendo al interés superior de los menores; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 28 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016, 104797) se desestima el régimen de visitas por estar el padre en prisión condenado por un delito de asesinato en grado de tentativa en la persona de su madre; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 7 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 15465) suspensión del ejercicio de la patria potestad por parte del demandado en materia de educación y salud de su hija menor, atribuyéndose en exclusiva a la madre, en tanto no esté cumplida la pena de prohibición de comunicación impuesta. Asimismo, procede la suspensión del régimen de visitas al encontrarse el padre en prisión; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 4 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 98678); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.^a, de 25 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 184212); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 4 de febrero de 2020 (*JUR* 2021, 26855); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.^a, de 25 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 184212) suspensión temporal del régimen de visitas a favor del padre: año y medio que no mantiene relación con ambas, puesto que fue denunciado por la madre adoptándose medidas civiles y penales de protección. La reanudación de los contratos supondría un ejercicio complejo a desarrollar en un escenario poco hábil para tal fin. El recinto de un centro penitenciario no es el marco ideal y más adecuado para la reanudación y el desarrollo de un régimen de visitas, merced al impacto negativo que, en abstracto, pueda generar en el estabilidad emocional de la menor; de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 24 de julio de 2019 (*JUR* 2020, 6834) el régimen de visitas se establece en favor de los abuelos paternos, mientras el padre se encuentra en prisión. Este régimen de visitas se mantiene de esta forma, sin perjuicio de su eventual modificación a instancia de parte una vez tenga lugar la salida de prisión y sea posible examinar la evolución de la relación paterno-filial; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 10 de diciembre de 2020 (*JUR* 2021, 96939).

Si embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3675) el progenitor no custodio es privado de libertad por sentencia condenatoria penal, con la consiguiente supresión de la patria potestad hasta la libertad condicional. Si bien, se mantiene el régimen de visitas con el objeto de preservar el mantenimiento de relaciones familiares en interés de los menores. Visitas de los hijos al padre en centro penitenciario acompañados por tercera persona. Asimismo, se establece un régimen revisable con la consecución del tercer grado por el padre.

¹⁵⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3675).

¹⁵⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 83589) reducción del derecho de visitas, eliminando una de las visitas y de la pernocta intersemanal, aplicando el principio de interés superior del menor; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 9 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016, 108269) no procede la supresión de los períodos vacacionales de verano en favor del padre. Falta de prueba que esa medida pueda beneficiar a la menor, sino que, por el contrario, se considera beneficioso para la menor mantener desde su corta edad frecuentes contactos con su progenitor, relación de indiscutible provecho para el mismo, en el sentido que permite mantener vivos y sólidos los vínculos de afectividad derivados de la relación paterno-filial.

¹⁵⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.^a, de 25 de abril de 2022 (*JUR* 2022, 249992).

¹⁵⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.^a, de 30 de noviembre de 2022 (Roj. STS 4469/2022; ECLI:ES:TS:2022:4469) agresión sexual conti-

nuada de padre a hija. Omisión de advertencia de dispensa. Aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 y la ley penal más favorable; y, de 15 de diciembre de 2022 (Roj. STS 4686/2022; ECLI:ES:TS:2022:4686) delito de abuso sexual a menores. Se aplica la Ley Orgánica 10/2022 y se revisa la sentencia aplicando también la ley penal más favorable.

¹⁵⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5624). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22^a, de 3 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1612/2023; ECLI:ES:APM: 2023:1612); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10^a, de 13 de febrero de 2023 (Roj. SAP V 51/2023; ECLI:ES:APV:2023:51); Y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2^a, de 20 de febrero de 2023 (Roj. SAP S 104/2023; ECLI:ES:APS:2023:104). Y, también los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22^a, de 3 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1612/2023; ECLI:ES:APM:2023:1612); y, de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.^a, de 8 de febrero de 2023 (Roj. AAP HU 45/2023; ECLI:ES:APHU:2023:45).

¹⁶⁰ RJ 2005, 7734.

¹⁶¹ La cursiva es nuestra.

¹⁶² CARO HERRERO, G. (2021). Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género, *Revista de Derecho de Familia*, número 93, octubre-diciembre, 19, precisa al respecto que este factor riesgo «puede inferirse para cada caso concreto con relativa precisión a la luz del conjunto de pruebas practicadas, y en especial, de los informes psicosociales, capaces de ilustrar de forma decisiva y determinante al tribunal sobre las restricciones y progresividad en el régimen de visitas cuando se proceda a su limitación».

¹⁶³ RJ 2011, 2311.

¹⁶⁴ Roj. STS 253/2015; ECLI:ES:TS:2015:253.

¹⁶⁵ RJ 2022, 3742.

¹⁶⁶ RJ 2017, 5439.

¹⁶⁷ RJ 2012, 8190.

¹⁶⁸ En esta línea, se ha pronunciado CALZADILLA MEDINA, M.^aA. (2021). La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: Calzadilla Medina, María Aránzazu (dir.), Hernández López, Claudia (coord.): *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters, 223 cuando indica que «cierto es que no se está ante un procedimiento penal, pero si a «estar incurso en un procedimiento penal» o que un juez de familia detecte «indicios» de la posible comisión de los delitos reseñados, se le atribuye de manera inmediata, la privación de la relación con los hijos e hijas, podría llegar a esta conclusión, pues, no se está ante la adopción de medidas cautelares constituidas en un procedimiento penal, sino que se está, no se olvide, en el marco de un procedimiento civil». Por lo que, añade que «la cuestión es ciertamente discutible y no debería sorprender que se interponga una cuestión de inconstitucionalidad».

Asimismo, ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021) La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio, *Diario La Ley*, núm. 9892, sección Tribuna, 15 de julio, 12 y 16, que como precisa acertadamente «si la decisión que debe adoptar el juez civil por imperativo del nuevo artículo 94 del Código Civil, tiene su fundamento en la existencia de un proceso penal o bien en indicios revelados en el propio proceso civil de violencia intrafamiliar, tal vez la decisión adecuada sería asumir la decisión adoptada por el juez penal en el seno de su proceso, para lo que goza de instrumentos de tutela cautelar suficientes (art. 544 bis, 544 ter y 544 quinque de la LECrim, entre otros) o bien, si el proceso penal aún no se hubiese indicado, trasladar la *noticia criminis* al orden penal con la suspensión del proceso civil a la espera del pronunciamiento adoptado en dicho orden».

¹⁶⁹ Roj. AJPI 22/2022; ECLI:ES:JPI:2022:22A.

¹⁷⁰ SÁNCHEZ URBANO, C. (2019). Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género), *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4, abril, 9, manifiesta que «cumplida la condena o, en su caso, cuando el progenitor no custodio alcance la situación de libertad condicional, el juez puede modificar la suspensión del régimen de visitas, atendiendo

siempre al interés superior del menor, así como a las circunstancias que concurren en cada caso concreto».

¹⁷¹ Para MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil, *op. cit.*, 240 resulta dudoso «si fuera de este caso el juez puede privarle de ese derecho cuando, a su juicio, el interés de los hijos así lo requiera, o si en esa hipótesis bastaría simplemente para suspenderlo».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3675) permite las visitas de los hijos al padre en el centro penitenciario acompañado de terceras personas; igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.^a, de 21 de junio de 2021 (LA LEY 148463/2021) fija como doctrina que, la situación de prisión del progenitor no puede implicar la suspensión del ejercicio de la patria potestad, añadiendo a la condena penal unas consecuencias lesivas para el condenado ajenas al contenido de la pena. No puede añadirse como un implícito a toda pena privativa de libertad, por cualquier delito, la consecuencia de una suspensión de la patria potestad. Si el artículo 160 del Código Civil viene posibilitando esa continuación de las visitas con los hijos menores (con las debidas cautelas), parece lógico que esa estancia en prisión no implique, por se, suspensión de otros derechos no afectados por la pena. Además, añade al respecto que, tampoco existen actuaciones penales frente al padre por violencia contra la madrre ni contra el hijo, por lo que la solicitud de suspensión debería fundamentarse en desacuerdos reiterados y constantes o en la concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca o favorezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.^a, de 20 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 254142) derecho del padre a comunicarse en prisión con sus hijos en tanto no pueda disfrutar de permisos ordinarios de salida.

¹⁷² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.^a, de 8 de octubre de 2010 (Roj. STS 3035/2019; ECLI:ES:TS:2019:3035) se acuerda la pena de inhabilitación de la patria potestad a un hombre que intentó matar a su exmujer delante de sus dos hijos, y en el interior de un coche cuando la mujer se los llevaba para que estuviera con ellos en un régimen de visitas; de 30 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4381) inhabilitación especial al padre por el delito de asesinato en grado de tentativa sobre su compañera sentimental y en presencia, de la hija menor de la pareja; y, de 8 de octubre de 2019 (*RJ* 12019, 4020) procede la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad al padre que intenta acabar con la vida de su pareja en presencia de los hijos de ambos de 6 años y otro de 1 año, afectando la acción psicológicamente al primero.

¹⁷³ En general, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en la vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de septiembre de 2000 (*RJ* 2000, 7932); de 6 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 6367); y, de 13 de noviembre de 2008 (Roj. STS 5823/2008; ECLI:ES:TS:2008:5823). En la sentencia de 2000 citada se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal Penal de las normas de derecho de familia *ex artículo 170* del Código Civil. El caso al que se refería la sentencia 780/2000 era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común. El Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 26 de mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad, estimando el recurso del condenado.

¹⁷⁴ *RJ* 2015, 5624.

¹⁷⁵ *JUR* 2022, 311534.

¹⁷⁶ Como indica acertadamente AYLLÓN GARCÍA, J.M. (2022). Suspensión del régimen de visitas o estancia del artículo 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *Revista Boliviana de Derecho*, número 14, julio, 102, esta «evaluación de la situación de la relación paternofilial» «recuerda en parte a la actual redacción del artículo 98.2 del Código Civil donde queda en manos del juez la decisión de si se adopta o no la custodia compartida, tras declararse inconstitucional el inciso que exigía el informe «favorable» del Ministerio Fiscal para poder acordar la custodia compartida».

¹⁷⁷ Para CARO HERRERO, G. (2021). Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género, *op. cit.*, 15, relegar el contenido del artículo 80.6 del CDFA a una finalidad meramente preventiva o cautelar y dejar en manos del juez penal el pronunciamiento definitivo sobre tal medida, esto es, encuadrarlo como una cuestión de *ius puniendi*, en adición a que el artículo 153.1 encierra al respecto una regla puramente potestativa en su aplicación para el juzgador, implica vaciarlo de toda utilidad práctica. La consecuencia derivada en la praxis forense no es otra que dejar relegado el orden civil en un segundo plazo en esta cuestión, debido a que, una vez que sea decidida por la jurisdicción penal competente la presencia o no de delito, carece ya de motivo de aplicación en este artículo 80.6.

¹⁷⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226) no procede la guarda y custodia compartida por condena en un procedimiento penal por actos prolongados de vejación de un progenitor (padre) al otro progenitor (madre); y, de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255) progenitor incursa en un procedimiento penal de agresión a la madre. No procede la guarda y custodia compartida, al no tener el *coparenting* buen pronóstico.

¹⁷⁹ Frente a la formulación de la presunción de inocencia como una regla de la carga de la prueba que, en caso de duda, se actúa *in dubio pro reo*, absolviendo, señala NIEVA FENOLL, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia, *Indret* enero, 14, que «la presunción de inocencia queda reducida a lo único que quizás fue originariamente: un simple principio general orientador de la convicción judicial acerca de la inocencia, que trata de alejar al juez del prejuicio social de culpabilidad». En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 2937); de 15 de diciembre de 2016 (2 resoluciones: *RJ* 2016, 5906; y, *RJ* 2016, 5913); de 4 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 3123); y, de 22 de diciembre de 2022 (Roj. STS 4805/2022; ECLI:ES:TS:2022:4805) establecen que «la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al Tribunal de alzada constatar si la sentencia de instancia se fundamenta: a) Una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) Una prueba constitucionalmente obtenida, es decir, que no sea lesiva de otros derechos fundamentales; requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestiona la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) Una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y, d) Una prueba razonablemente valorada, lo que implica que de la prueba practicada deba inferirse razonablemente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter discusivo* que conduce desde la prueba al hecho probado». Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 1.^a, de 2 de diciembre de 2022 (Roj. SAP C 3060/2022; ECLI:ES:APC:2022:3060).

¹⁸⁰ Roj. AJVM CA 1/2020; ECLI:ES:JVMCA:2020:1A.

¹⁸¹ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia del 7 de octubre de 2021, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 5636-2021 planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza en el procedimiento de Familia, Guardia y Custodia núm. 607/2020, en relación con el apartado 6 del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, en relación con los artículos 10.1 y 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución española y, de conformidad, con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) de la LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión. De conformidad con lo establecido en el artículo 37.2 de la LOTC, quienes sean parte en el procedimiento 607-2020, podrán personarse ante este Tribunal dentro de los quince días siguientes a la publicación del presente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» (BOE, número 248, de 16 de octubre de 2021, 126329).

¹⁸² Respecto de la tutela judicial efectiva, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de septiembre de 2019 (*RJ* 2019, 3866) es cierto que esta Sala ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por las partes acusadoras cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma es arbitraria,

irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los artículos 24.1,9.3 y 120.3, todo ellos de la Constitución española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero, entre otras). Pero también, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 4949) «es cierto que no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia». En el mismo sentido, de considerar que la tutela judicial efectiva no puede convertirse en una «presunción de inocencia invertida» al servicio de las acusaciones, dándole la vuelta al utilizarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados en lugar de hacer en su beneficio o tutela. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5082).

En cuanto a la presunción de inocencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 10 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 3793) manifiesta que «ha recordado reiteradamente esta Sala Segunda la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y de 16 de octubre de 1995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad».

También, como indica, entre otras, la sentencia de esta misma Sala de 19 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8862) la facultad del Tribunal, valorando razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27.^a, 15 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1948/2023; ECLI:ES:APM:2023:1948) que establece que «el derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto, lo que significa que cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales para que resulte justificada una sentencia condenatoria».

¹⁸³ En esta línea, CARO HERRERO, G. (2021). Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género, *op. cit.*, 10; asimismo, MUÑOZ VICENTE, J.M. y DEL CAMPO CÁMARA, M. (2015). La evaluación pericial psicológica de idoneidad de custodia y régimen de visitas en los procedimientos de violencia de género en el contexto legal español, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 15, 148-149, consideran que los informes psicológicos representan la piedra angular del juicio de ponderación que, la autoridad judicial debe realizar en cada caso en cuanto a la determinación de la forma en que ha de desarrollarse el régimen de visitas, acorde al interés superior del menor.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 14 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 182915) estimación del régimen de visitas a favor del padre y con arreglo al previo dictamen que emitía al respecto el equipo psicosocial.

¹⁸⁴ AYLLÓN GARCÍA, J.D. (2022). Suspensión del régimen de visitas o estancia del artículo 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *op. cit.*, 113-114, al entender que precisamente por esta regla entendida como excepción de las excepciones imperativas, es por lo que defiende que, en el ámbito del Derecho Civil no se vulnera ni el principio de presunción de inocencia, ni el principio del interés superior del menor. E, insiste que, esta postura la adopta porque «el Código Civil deja en manos de la discrecionalidad del juez en atención al interés del menor la decisión final de suspender o continuar con el régimen de visitas establecido o de permitir que, pese a la existencia de un proceso penal

incoado o de indicios fundados sobre los delitos señalados, los progenitores presuntamente culpables, puedan seguir teniendo contacto con sus descendientes si las circunstancias del caso concreto así lo aconsejan». Si bien, precisa acertadamente, que aunque «la constitucionalidad del artículo 94 del Código Civil pueda salvaguardarse por la existencia de esa decisión final por parte de la autoridad judicial en la toma de decisiones que afecten a los menores, no quita para que considere que esta manera de legislar en la que se les impone a los jueces normas semi-imperativas donde antes jugaba un papel importante su discrecionalidad pone de manifiesto un aumento de la desconfianza en estos operadores jurídicos».

¹⁸⁵ La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género señala al respecto que: «una de las propuestas suscitadas en el Primer Encuentro de Violencia Doméstica consistió precisamente en que la violencia entre la pareja, indiciariamente acreditada, debía ser causa de suspensión inmediata del régimen de visitas respecto de los hijos, desde el entendimiento que los menores son siempre víctimas, cuando menor, de violencia psicológica, siendo necesario el distanciamiento respecto del maltratador para que puedan recuperarse psicológicamente y para que los hijos no asumen la violencia como medio de resolución de conflictos. No obstante, sin desconocer la fuerza de estos argumentos, fijar, en todo caso, la suspensión absoluta de cualquier régimen de visitas del agresor con los hijos comunes no puede resultar oportuna, ya que se puede romper, de manera inadecuada, una relación paterno-filial bien estructurada». Por lo que, añaden «más acertado sería estipular, según los casos, *el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que, en ocasiones deberá suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor*, siempre y cuando se evite el contacto directo de los progenitores y, por tanto, la ocasión para nuevas agresiones y se atienda el hecho que el padre no instrumentalice a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer» (57-58) (la cursiva es nuestra).

¹⁸⁶ *RJ* 2005, 7734.

¹⁸⁷ *RJ* 2011, 2311.

¹⁸⁸ *RJ* 2015, 5624.

¹⁸⁹ *RJ* 2017, 5082.

¹⁹⁰ *JUR* 2020, 25362.

¹⁹¹ *JUR* 2020, 118829.

¹⁹² *RJ* 2016, 881.

¹⁹³ *JUR* 2020, 225026.

¹⁹⁴ *JUR* 2021, 105194.

¹⁹⁵ *JUR* 2022, 64394.

¹⁹⁶ *RJ* 2011, 2311.

¹⁹⁷ *JUR* 2022, 319810.

¹⁹⁸ *JUR* 2006, 227017.

¹⁹⁹ *JUR* 2021, 105194.

²⁰⁰ *JUR* 2022, 319810.

²⁰¹ *AC* 2001, 1243. Se indica, al respecto que aunque el menor acaba de cumplir 12 años y ha manifestado su deseo de no ver al padre, no es menos cierto que, el día en que ocurrieron los hechos del asesinato del compañero de la madre, el menor se encontraba con el padre. Y cuando la madre acudió con un amigo con la pretensión de llevarse al menor, el hijo exteriorizó su deseo de permanecer con su padre, lo que demuestra que en aquellos momentos existía una buena sintonía entre padre e hijo. Y que tras el ingreso en prisión del padre se ha producido una larga separación entre ambos conocida, en la necesidad de la figura del padre en la educación de los hijos, siempre que no consista en una malévolas influencia. No cabe esperar del padre en este caso, ya que su ingreso en prisión, ha sido un hecho puntual relativo a la situación conyugal y no por una habilidad delictiva. Y, por otro lado, la larga separación entre hijo y padre, y la influencia de la madre a tan corta edad, determina que la manifestación del hijo de no desear ver a su padre, deba acogerse como encuadrada en dichas circunstancias.

²⁰² *RJ* 2014, 1825.

²⁰³ *RJ* 2016, 4580.

²⁰⁴ *JUR* 2019, 75819.

²⁰⁵ *JUR* 2022, 154804.

²⁰⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 3 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 383) alcoholismo del padre representa una conducta gravemente atentatoria para los menores; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 26 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 241989) enfermedad mental de la madre; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.^a, de 31 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 265527) psicosis esquizofrénica paranoide del padre con episodios de crisis que entrañan riesgo potencial para el interés del menor de un año y medio de edad; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 26 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 151595) padre que consume sustancias psicotrópicas y adictivas; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 7 de abril de 2011 (*JUR* 2011, 186718) acreditación de la grave adicción al alcohol y a la cocaína; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a, de 12 de marzo de 2020 (*JUR* 2020, 177710) suspensión inmediata del régimen de visitas para la madre, que no presenta las condiciones de estabilidad necesarias que le permita reorganizar su vida y asumir sus responsabilidades familiares. Sería la propia madre quien puede evitarlo cumpliendo las exigencias como son la reanudación del control y seguimiento psiquiátrico, la aceptación de programas de apoyo psicosocial, etc., pues, de ser la evolución positiva siempre puede entablar un futuro procedimiento para recuperar las visitas suspendidas.

²⁰⁷ *JUR* 2023, 32929. Los antecedentes del caso: el procedimiento se inició mediante demanda interpuesta por la madre en la que se interesó se le atribuyera la condición de progenitora custodia, sin perjuicio del derecho de visitas a favor del padre. En la sentencia 529/2020, de 25 de noviembre por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palma de Mallorca en la que se acordó la custodia compartida del menor, por semanas alternas, correspondiendo al padre y a la madre hacerse cargo de los alimentos del hijo cuando lo tengan bajo su cuidado, todo ello con ejercicio conjunto de la patria potestad y abono de los gastos extraordinarios por mitad, determinándose también el régimen de vacaciones correspondientes. Los progenitores son policías nacionales con retribuciones de similar cuantía contra dicho pronunciamiento judicial, se interpuso recurso de apelación por la demandante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 4.^a, de 30 de julio de 2021 confirmó la pronunciada por el juzgado. Se ratificó la procedencia del régimen de custodia compartida aconsejado, como el más beneficioso para el interés del menor, en el amplio y completo dictamen pericial psicológico emitido a petición del juzgado. No obstante lo expuesto, durante la sustanciación de procedimiento en primera instancia con fecha de 30 de noviembre de 2020, la actora presentó denuncia contra el demandando por haber sufrido por parte de este una supuesta agresión física. Por tales hechos, se incoaron diligencias previas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Palma de Mallorca, que dictó auto de archivo. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la denunciante, que fue estimado por auto núm. 178/2021 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, al entender que la valoración de las declaraciones contradictorias de ambas partes debía someterse al crisol del juicio oral. Con base a ello, la demandante formuló petición de aclaración y complemento de la sentencia 402/2021, de 30 de julio, pronunciada por la Audiencia. El tribunal dictó auto de 4 de octubre de 2021, en el que completó la referida sentencia en el sentido que el auto de archivo de las diligencias previas penales, dictado por el Juzgado de Violencia de la Mujer, fue revocado por otro de la sección segunda de la Audiencia Provincial. Aclarada la sentencia, se interpuso contra ella recurso de casación por la demandante basado en la vulneración del artículo 92.7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa. Por su parte, el Ministerio Fiscal apoyó el recurso, al considerar que debía ser estimado en atención al auto dictado en vía penal por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, así como por el auto de 24 de noviembre de 2021, en procedimiento 1231/2021, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de dicha Isla que, en concurrencia con aquella resolución, transformó las diligencias previas en procedimiento abreviado por delito del artículo 153 de Código Penal, en la que, sin adopción de medidas personales se hizo constar que indiciariamente resultaba que: «(...) el día 30 de noviembre de 2020, sobre las 13.50 horas Araceli y su ex pareja Eloy coincidieron en el centro escolar, al que acude el hijo Gustavo y en las inmediaciones

del vehículo Araceli mantuvieron un forcejeo por la mochila que tenía la menor, llegado en el curso del forcejeo Eloy a propinar varios golpes en el antebrazo izquierdo a Araceli sin llegar a ocasionarle lesión». El proceso penal en curso razona el Ministerio Público no permite una guarda y custodia compartida en aplicación del artículo 92.7 del Código Civil».

²⁰⁸ La Fiscalía General del Estado ha creído conveniente dirigir un oficio a los fiscales delegados provinciales y a los fiscales de enlace el 10 de enero de 2023 ante el elevado número de feminicidios en los que en muchas ocasiones se había producido denuncias previas por violencia de género. En concreto, en el mes de diciembre de 2022, de los 12 feminicidios confirmados a fecha de hoy, en el 50% residían denuncias previas por la pareja o expareja finalmente asesinada. Si se analizan los feminicidios ocurridos de 1 de enero a 31 de diciembre de 2022, resulta que en el 42,85% de los supuestos había denuncia previa y solo en 6 ocasiones se acordó la Orden de Protección y en otras 4 ocasiones se había dictado sentencia condenatoria (en dos ocasiones estaba vigente la prohibición de aproximación) pues, en muy pocos casos se ha acordado la orden de protección. Según los datos del CGPJ del tercer trimestre de 2022, la proporción de solicitudes de órdenes de protección en relación con el número de denuncias es del 20% (10.302 solicitudes frente a 49.479 denuncias) y las acordadas fueron 66,7% de las solicitadas (6.873), por lo que en relación al total de denuncia interpuestas solo se acordó protección en un 13,9% de los supuestos denunciados. Sin datos que, a simple vista, alertan de la escasa protección penal que se dispensa durante la tramitación de los procedimientos de violencia de género. Debe recordarse que la orden de protección puede ser interesada por el fiscal (de oficio), aunque no lo solicite la víctima. Asimismo, deben valorarse todas las circunstancias personales y de hecho y solicitar la práctica de diligencias que se precisen. Se añade que, el sistema VIOGEN que realiza la policía para valorar el riesgo no siempre es suficiente, siendo necesaria la valoración forense y el auxilio de las unidades de valoración integral que no existen en todos los partidos judiciales. Se proponen como actuaciones: 1. Ser proactivos de cara a la protección de las víctimas. Se deberán solicitar las medidas cautelares oportunas aunque no lo soliciten y que sean necesarias para evitar en lo posible la reiteración de conductas violentas y feminicidios. Deben admitirse las proposiciones de prueba que sean trascendentales y que pueda practicarse en un plazo de 72 horas; 2. Cuando la valoración del riesgo policial se considere «extremo», «alto» o «medio de especial relevancia», deberá instalarse el dispositivo de detección de la proximidad, salvo que se entienda necesaria acordar la prisión provisional para proteger a las víctimas. Si en el curso de tramitación del procedimiento se agravara el riesgo, también se acordará la instalación del dispositivo.

Por su parte, el Pleno del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género ha acordado en reunión del 23 de enero de 2023 la necesidad de seguir insistiendo en la especialización de los juzgados de lo Penal y en la ampliación de la competencia territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con el objeto que todas las víctimas de la violencia machista sean atendidas por profesionales especializados en esta materia. También se ha señalado la importancia tanto de la Fiscalía como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado propongan el uso de dispositivos electrónicos en todos los casos de «especial relevancia». Asimismo, se ha acordado impulsar la creación en todo el territorio nacional de Unidades de Valoración Forense Integral, formadas por forenses, psicólogos y trabajadores sociales especializados y la puesta en marcha de un protocolo de valoración forense urgente del riesgo en todos los partidos judiciales. El Observatorio, igualmente, hace un llamamiento a la sensibilización social, imprescindible en la erradicación de la violencia machista; y, en fin, se aboga por desarrollar en su integridad las medidas contenidas en el Pacto de Estado de 2017 y la modificación del artículo 468 del Código Penal con el objeto de prever como medidas accesorias la prohibición de comunicación y el acercamiento a la víctima.

²⁰⁹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección Pleno, de 21 de diciembre de 2018 (Roj. STS 4361/2018; ECLI:ES:TS:2018:4361) ha dispuesto que, la distancia establecida en una orden de alejamiento debe medirse en forma en que determine la resolución judicial que acuerda la medida, y, en su defecto, en línea recta. El Tribunal fija el criterio correcto para determinar, en cada caso, si la persona a la que se le ha impuesto una prohibición de aproximación se encuentra a una distancia inferior a la establecida en la misma. Las Audiencias Provinciales daban respuestas distintas a esta cuestión. Unas con-

sideraban que la medición de la distancia debía hacerse en línea recta, y otras, en cambio, teniendo en cuenta el trayecto o los recorridos posibles que puede realizar un viandante andando o transitando por la vía pública.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.^a, de 8 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 223672) pese a existir una sentencia condenatoria con la correspondiente orden de alejamiento, se determina un régimen de visitas a favor del padre. Así se procede a la entrega y recogida del menor a través del punto de encuentro familiar, ante las malas relaciones entre los progenitores.

²¹⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 18 de mayo de 2021 (*JUR* 2021, 263903).

²¹¹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 23 de junio de 2004 (*AC* 2004, 1371); y, de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.^a, de 10 de marzo de 2020 (*JUR* 2020, 157109).

²¹² *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.^a, de 2 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 219066) establecimiento de visitas en un punto de encuentro en presencia de un familiar de los menores condicionado al levantamiento de la orden de protección; y, de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.^a, de 13 de junio de 2019 (*JUR* 2019, 222932).

²¹³ GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). *Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas*, *op. cit.*, 2.

²¹⁴ *JUR* 2007, 219066.

²¹⁵ Antes la cuestión de si debe entenderse como días naturales o días hábiles, GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). *Incidencias de la violencia de género en el derecho de familiar: especial tratamiento del régimen de visitas*, *op. cit.*, 2 entiende que deben entenderse como días hábiles y añade que «no se trata de una cuestión académica, sino de gran importancia en la práctica forense, pese en alguna ocasión ha ocurrido que se ha concedido un orden de protección con medidas civiles, entre ellas, pues en alguna ocasión ha ocurrido que se ha concedido una orden de protección con medidas civiles, entre ellas, que el régimen de visitas se realice a través del punto de encuentro familiar, y cuando la fecha de inicio ha tenido lugar en el mes de julio, el punto de encuentro ha cerrado su actuación, interpretando que los treinta días son naturales y, por ende, en el mes de agosto, el padre no ha podido ejercer su régimen de visitas, teniendo que esperar al mes de septiembre para reiniciar las mismas». En fin, indica que «las medidas civiles adoptadas junto con una orden de protección, no son recurribles». Igualmente, se expresa en este sentido, SILLERO CROVETTO, B. (2016). *Ánalisis y evaluación de las competencias civiles de los juzgados de violencia sobre la mujer, El divorcio por violencia de género*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 56.

²¹⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 11 de octubre de 2019 (*JUR* 2020, 67480) cese de las medidas cautelares adoptadas en el contexto de la orden de protección. Padre que conoce las necesidades afectivas y emocionales de las menores, habiéndose logrado que los menores establezcan una correcta figura de apego positiva hacia ambos progenitores.

²¹⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 4 de diciembre de 2014 (*AC* 2014, 2330).

²¹⁸ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 19 de octubre de 1998 (*AC* 1998, 8951) señala que, las medidas cautelares del artículo 158 del Código Civil pueden adoptarse por los trámites de jurisdicción voluntaria, en fase de ejecución de sentencias, e incluso, en las medidas previas o coetáneas a los procesos matrimoniales.

²¹⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.^a, de 23 de marzo de 2022 (Roj. STS 1113/2022; ECLI:ES:TS:2022:1113); y, de 22 de abril de 2022 (Roj. STS 1514/2022; ECLI:ES:TS:2022:1514).

²²⁰ GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). *Incidencias de la violencia de género en el derecho de familiar: especial tratamiento del régimen de visitas*, *op. cit.*, 4.

Asimismo, *vid.*, el artículo 544 ter de la LECr: «7. *Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran*

precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertenencia de la adopción de las referidas medidas. Y añade (...): «Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del imputado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial».

²²¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 452) suspensión de visitas de los padres biológicos por la entidad pública. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 2.^a, de 26 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 386894) ineficacia de la medida de las visitas en el PEF, mientras se mantengan la medida cautelar de suspensión del régimen de visitas confirmado judicialmente en proceso de declaración de la situación de desamparo de la menor; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 30 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 153017) ante la actual imagen negativa y carácter peyorativo que las menores tienen de su madre, se procede a la suspensión del régimen de visitas a favor de esta; y, asimismo, la suspensión de las visitas de los abuelos paternos por el plazo de seis meses.

²²² ORTIZ VIDAL, M.^a D. (2019). Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor. En: C. Esplugues Mota, P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco (eds.), *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Valencia: Tirant lo Blanch, 330.

²²³ *RJ* 2018, 3555.