

# LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 94.4 DEL CÓDIGO CIVIL

## The constitutionality of the suspension of the visitation schedule provided by article 94.4 of the Spanish Civil Code

ANDRÉS MARÍN SALMERÓN<sup>1</sup>  
Universidad de Murcia  
andresmarinsalmeron@um.es

### *Cómo citar/Citation*

Marín Salmerón, A. (2023).

La constitucionalidad de la suspensión del régimen de visitas  
previsto en el artículo 94.4 del Código Civil.

*Derecho Privado y Constitución*, 43, 121-167.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.43.04>

(Recepción: 19/09/2023; aceptación tras revisión: 16/10/2023; publicación: 29/12/2023)

### **Resumen**

Las dudas sobre el respeto constitucional del art. 94.4 CC han existido casi desde su modificación por la Ley 8/2021. Tras el recurso de inconstitucionalidad 5570-2021 y la cuestión de inconstitucionalidad del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles de 22 de marzo de 2022, la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre, parece comenzar a aclararlas, pero no sin generar nuevas críticas ni plantear nuevas incertidumbres. Este trabajo no sólo estudia las particularidades del precepto y de la limitación o suspensión del derecho de visitas, sino que reflexiona sobre el texto de la sentencia y su voto concurrente, focalizándose en el principio del interés superior del menor y cuestionando la necesidad real del precepto.

---

<sup>1</sup> Investigador postdoctoral Margarita Salas en Derecho Civil de la Universidad de Murcia y la Universidad de Alicante. Financiado por la Unión Europea bajo el programa «NextGenerationEU».

***Palabras clave***

Derecho o régimen de visitas; estancia y comunicación; suspensión; limitación; interés superior del menor.

***Abstract***

Doubts regarding the constitutional validity of Article 94.4 of the Civil Code have existed almost since its modification by Law 8/2021. Following the constitutional challenge numbered 5570-2021 and the question of constitutionality raised by the Court of First Instance No. 7 in Mostoles on March 22, 2022, the judgment of the Constitutional Court 106/2022, dated September 13, appears to begin to clarify them. However, it is not without generating new criticism or raising new uncertainties. This work not only examines the specifics of the provision and the limitation or suspension of the right to visitation but also reflects on the wording of the judgment and its concurring opinion. It focuses on the principle of the best interests of the child and questions the real necessity of the provision.

***Keywords***

Visitation rights or visitation arrangement; residence and communication; suspension; limitation; best interest of the child.

## SUMARIO

---

I. LA RELEVANCIA DEL RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIA Y COMUNICACIÓN: 1. Una aproximación a su concepto, fundamento y naturaleza jurídica. 2. El artículo 94 CC: 2.1. *El artículo 94 CC antes de la reforma de la Ley 8/2021*. 2.2. *El artículo 94 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: su apartado cuarto*. II. LAS DUDAS CONSTITUCIONALES DEL ARTÍCULO 94.4 CC: 1. El recurso de inconstitucionalidad 5570-2021. 2. La cuestión de inconstitucionalidad del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles de 22 de marzo de 2022. 3. La sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre de 2022: 3.1. *El principio del interés superior del menor y la suspensión del régimen de visitas, estancia y comunicación*. 3.2. *La posible vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE: las expresiones «estar incurso en un proceso penal iniciado» y «la existencia de indicios fundados»*. 3.3. *Que un juez civil conozca de asuntos penales no vulnera el principio al juez ordinario predeterminado por la ley y respeta lo establecido por la LOPJ*. 3.4. *Voto concurrente*. III. CONSIDERACIONES FINALES: EL LEGISLADOR Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, UNA VEZ MÁS, LO COMIDO POR LO SERVIDO. *BIBLIOGRAFÍA*.

---

## I. LA RELEVANCIA DEL RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIA Y COMUNICACIÓN

### 1. UNA APROXIMACIÓN A SU CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Siempre que se da el caso de que un menor de edad no vive con ambos progenitores, bien por la ruptura de la convivencia de sus padres, bien porque estos nunca convivieron, es preciso arbitrar un sistema que les permita relacionarse; sistema en el que debe primar siempre la protección de los derechos e intereses de todas las partes implicadas, pero, principalmente, de los propios menores.

Un correcto desarrollo de la personalidad del menor requiere del vínculo con sus progenitores<sup>2</sup>. Las relaciones hijo-progenitor son fundamentales en el desarrollo emocional de los menores y deben producirse siempre que sean

---

<sup>2</sup> Con palabras de la STS 373/2013, de 31 de enero (RJ 2013, 927), «debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque ambas funciones precisa el niño para el desarrollo emocional».

seguras y convenientes, y se respete el interés superior del menor<sup>3</sup>. Esta relación, que debe aspirar a producirse de manera sostenida en el tiempo, con las máximas garantías, y, en definitiva, de la forma más fructífera posible, evitará que el progenitor no custodio se convierta en un individuo desconocido y ajeno<sup>4</sup>. Además, estas relaciones no deben ser las únicas a considerar, pues de igual modo es necesario mantener interacciones y vínculos con hermanos o abuelos<sup>5</sup>, sin excluir, tampoco, posibles conexiones significativas con otros parientes o allegados<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Afirma la STS 625/2022, de 26 de septiembre (RJ 2022, 3742) que «[l]os padres constituyen el centro del núcleo afectivo y de dependencia de su prole. El rol de aquellos es trascendente en el desenvolvimiento futuro de sus hijos, transmitiéndoles señales de aceptación o de rechazo, inculcándoles valores éticos, propiciando su sociabilización y, en definitiva, el desarrollo de su personalidad. La existencia de positivas interacciones entre padres e hijos es decisiva en el desarrollo ulterior de los menores. O, dicho de otra forma, la dinámica familiar no discurre ajena a los hijos, sino que mueve los cimientos de su desarrollo». También se pronuncian, entre otras, la SAP de Madrid 1095/2019, de 17 de diciembre (JUR 2020, 99688) y la SAP de Córdoba 537/2018, de 19 de julio (JUR 2018, 287935), que expresa que «no ha de olvidarse que también existe un interés de los hijos en el trato con sus padres como medida para conseguir una formación integral», pues, con palabras de la SAP de las Palmas 534/2018, de 17 de julio (JUR 2018, 287398), «la presencia del padre y de la madre es fundamental para el crecimiento del niño ya que son soportes de las respectivas identificaciones».

<sup>4</sup> Para Ordás Alonso (2019: 17), el *ius visitandi* cumple una evidente función familiar, pues, aunque la familia atravesase una crisis o una ruptura, en la medida de lo posible se obtienen los fines asignados al núcleo familiar, entre ellos, el del pleno desarrollo de la personalidad de sus miembros.

<sup>5</sup> De hecho, la exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, señala: «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 efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis. 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».

<sup>6</sup> Aunque, como matiza Berrocal Lanzarot (2023: 1061), el derecho de visitas de los progenitores es preferente y es más amplio tanto en su contenido como en su extensión.

La regulación del derecho de visitas no se caracteriza ni por su uniformidad ni por su especial claridad, además, se encuentra dispersa a lo largo del Código Civil —tanto en materia de crisis matrimoniales como de relaciones paternofiliales—, y las progresivas reformas que se vienen realizando, más que facilitar su comprensión, la han dificultado y enrevesado<sup>7</sup>.

Probablemente, uno de los principales inconvenientes sea que nuestro ordenamiento jurídico carece de una definición legal del concepto del derecho o régimen de visitas, y que ni siquiera el uso de estos términos se entiende acertado<sup>8</sup>. Tampoco puede afirmarse que exista un acuerdo palpable sobre

---

<sup>7</sup> En la normativa autonómica encontramos su regulación en el art. 236.4 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que, de hecho, lo titula como «Relaciones personales»; en los arts. 59 y 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas; en el art. 11 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que se refiere, expresamente, al régimen de comunicación y estancia; en el art. 23 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, de la Comunidad Valenciana, o en la Ley 71 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Y en el ámbito internacional y comunitario, pueden destacarse el art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, el art. 14 de la Carta Europea de los Derechos del niño de 21 de septiembre de 1992 o el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que precisamente expresa: «Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses». Incluso, puede extraerse de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 del CEDH, pues en sentencias como la STEDH de 13 de junio de 1979, caso *Marcks contra Bélgica*, o la STEDH de 24 de marzo de 1988, caso *Olsson contra Suecia*, se considera que el hecho de que los miembros de la familia puedan estar juntos y relacionarse desde el momento del nacimiento o tan pronto como sea posible es la esencia de la vida.

<sup>8</sup> De esta cuestión se ocupa profundamente Ordás Alonso (2019: 22 y ss.). La autora afirma que el común uso por parte de gran parte de la doctrina y la jurisprudencia de la locución «derecho de visita» o «régimen de visita» es erróneo, pues no incluye todo el contenido al que el legislador quiere hacer referencia. Apuesta, por tanto, por la utilización de la expresión «derecho a mantener relaciones personales», o, de manera, a mi entender, más descriptiva, «régimen de visita, comunicación y estancia» (de hecho, la propia monografía se titula *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*). La primera de estas expresiones es seguida por parte de la doctrina. *Vid.*, entre otros, Berrocal Lanzarot (2005: 47 y ss.), Chaparro Matamoros (2015: 209

su naturaleza jurídica, aunque es cierto que la gran mayoría considera que se trata de un auténtico derecho subjetivo (familiar)<sup>9</sup>.

---

y ss.), Colás Escandón (2005: 40 y ss.; 2015: 139 y ss.), Rivero Hernández (1997: 23 y ss.) o Martínez de Aguirre (2016: 206), que señala que, a pesar de que la expresión «derecho de visitas» está muy consolidada y es plenamente conocida, sería más correcto hablar del «derecho a relacionarse de padres e hijos». Sobre la conveniencia en el uso del término «derecho de relación», *vid.* San Román Moreno (1982: 282). Mientras que otros, como Iglesias Martín (2018: 44 y ss.), se inclinan por la expresión «relación personal, estancia y comunicación». La realidad es que tampoco el legislador tiene muy claro cómo referirse a ella, pues ni siquiera en un mismo precepto es capaz de unificar los términos. Lo podemos ver en el propio art. 94 CC, pues en unos casos habla de «derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía», y, en otros, «régimen de visita o estancia» o «régimen de visita, comunicación o estancia». Además, el art. 160 CC se refiere expresamente al «derecho a relacionarse», y el art. 90 CC, cuando se ocupa del derecho de los abuelos, habla del régimen de visitas y comunicación. En definitiva, como acertadamente señaló Carbajo González (2018: 2 y ss.), el legislador buscaba la configuración de un derecho de contenido elástico que pudiera adaptarse a las circunstancias de cada caso, y, añadido yo, a la evolución de los tiempos. También la jurisprudencia se ha visto obligada en determinadas ocasiones a tratar de separar y explicar estos términos. Se muestra, por ejemplo, en la SAP de Alicante 328/2001, de 20 de junio (JUR 2001, 238645), al afirmar 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 art. 94 del Código Civil como «derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía». Por todos estos motivos, a lo largo de este trabajo se utilizarán indistintamente las locuciones «régimen de visitas», «derecho de visitas», «régimen o derecho de visitas, estancia y comunicación», etc., y solo cuando se quiera hacer alguna concreción, se especificará.

<sup>9</sup> Así lo consideran autores como Rivero Hernández (1997: 385 y ss.), Colás Escandón (2005: 41 y ss.) o Martínez Calvo (2019: 5 y ss.), sin embargo, existe alguna voz en contra, como Serrano Alonso (2000: 450), que pone de manifiesto sus dudas sobre la existencia de un derecho subjetivo familiar a relacionarse con los parientes, o De Torres Perea (2001: 1347), que señala que el derecho de visitas es una pauta de solución de un conflicto de intereses. Mayores discrepancias existen sobre si se trata de un dere-

La denominación más precisa es, en mi opinión, la de «derecho de visita, comunicación y estancia». Es evidente que su completo ejercicio debe incluir, en primer lugar, lo que tradicionalmente se entiende como «visitas» o «visita en sentido estricto», es decir, poder ver a alguien allá donde esté y se encuentre; en este caso, que el progenitor pueda ver y estar con su hijo menor. En segundo lugar, debe abarcar también las posibles «comunicaciones» que se

---

cho-deber, como indica Martínez de Aguirre (2016: 204 y ss.), un derecho-función, o un derecho de «finalidad altruista», pues no sólo se deben satisfacer los intereses de su titular, sino también los del menor. En este sentido, entre otros, Verdura Izquierdo (2002: 1571 y ss.) y Gaya Sicilia (2002: 95 y ss.). De hecho, como bien señalan Berrocal Lanzarot (2023: 1063 y ss.) y Ordás Alonso (2019: 28), con la entrada en vigor de la Ley 26/2015, la titularidad del derecho de visita le corresponde al menor y a su interés debe supeditarse su concesión. Incluso el propio Tribunal Constitucional así lo ha confirmado en su Sentencia 176/2008, de 22 diciembre, al expresar que se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, pues es una manifestación del vínculo filial que une a ambos. También lo han señalado la STC 221/2002, de 25 de noviembre, y la STC 71/2004, de 19 de abril. No faltan, tampoco, quienes creen estar ante un derecho natural derivado de la propia naturaleza humana. *Vid.* Carbajo González (2000: 1505) o Yzquierdo Tolsada (2011: 794). O quienes lo comprenden como un derecho de la personalidad, en concreto, como una manifestación y proyección del derecho de y a la libertad de relación de la persona, como son los casos de Rivero Hernández (1997: 338 y ss.), García Cantero (2004: 39 y ss.), Gracia Ibáñez (2012: 117 y ss.) o Peral López (2017: 3 y ss.). De hecho, Múrtula Lafuente (2016: 178) afirma que, con la modificación realizada por el art. 160.1 CC, el legislador le da la razón a ese sector doctrinal y jurisprudencial que configura el derecho a las relaciones personales como derecho de la personalidad del hijo que contribuye a su desarrollo y formación como persona, y a su equilibrio psíquico y afectivo. Aunque voces reconocidas como Díaz Alabart (2003: 354 y ss.) han expresado su discrepancia argumentando que no puede ser considerado un derecho de la persona, pues no se menciona entre los que tal carácter otorga la Constitución, ni tampoco su contenido coincide con ninguno de los allí enumerados. Para esta autora se trata de un derecho personal incluido en el ámbito de los derechos familiares. Por último, merece la pena destacar aquellos que afirman que se trata de un «derecho familiar» o de los denominados incluidos en el ámbito del derecho de familia. Aunque, como indica Ordás Alonso (2019: 31), no parece incompatible que, precisamente, el derecho de visita pueda entenderse como un derecho de la personalidad dentro del perímetro de la familia, opinión por la que me inclino ampliamente, y que permite confirmar que el derecho de visita es un derecho de contenido variable, personalísimo, indelegable, inalienable, irrenunciable e imprescriptible. *Vid.* Castilla y Cabezuelo (2011: 477 y ss.), Ordás Alonso (2019: 31 y ss.), Acuña San Martín (2014: 147) y Montero Aroca (2002: 57), que destaca la naturaleza del régimen de visitas por la propia configuración que tienen los derechos en el ámbito del derecho de familia.

puedan tener, esto es, tener noticias del menor, y estar en contacto cuando no se está junto a él. Estas comunicaciones pueden darse por cualquier medio: llamadas de teléfono, WhatsApp, *e-mail*, etc.<sup>10</sup>. Por último, debe comprender la «estancia», entendida esta como un período más amplio que la estricta visita<sup>11</sup> y en la que debe incluirse la pernocta, ya sea de uno o varios días, con el menor e independientemente de donde se produzca, siempre que, obviamente, se atienda al interés del menor<sup>12</sup>.

El régimen de visitas, comunicación y estancia debe garantizarse siempre que las condiciones sean óptimas y permitan, efectivamente, el correcto desarrollo de la personalidad del menor. La finalidad principal del derecho de visitas radica en atender las necesidades afectivas y educativas de los menores, manteniendo latentes los vínculos entre menor y progenitor ante situaciones de crisis o ruptura de la pareja. Es necesario despojar la perspectiva rígida y unilateral en términos de derechos y responsabilidades del régimen de visitas y se debe redirigir su propósito a facilitar a los hijos el acceso a sus padres y, de esta manera, en la búsqueda de su beneficio y bienestar, evitar el desarraigo de la figura que no tenga la custodia y conseguir un desarrollo integral de la identidad y personalidad del menor, adaptándose a sus deseos y sus necesidades.

Ahora bien, la salvaguarda y protección del interés del menor no debe circunscribirse al mantenimiento de su relación paterno- o maternofilial, sino que también debe consistir en analizar aquellos supuestos donde dicha relación, y, por lo tanto, el ejercicio de un potencial régimen de visitas, comunicación y estancia, pueda resultar contraproducente y pernicioso, y, entonces, limitarlo o suspenderlo. Este propósito es el que parecía querer conseguir el legislador con el art. 94 del Código Civil.

---

<sup>10</sup> Como aclara Sillero Crovetto (2022: 1638), relacionado con el derecho de comunicación está también el derecho a obtener información sobre el menor, ya sea cuando ha visitado al médico o ha tenido una intervención quirúrgica, información referente a su educación, etc.

<sup>11</sup> En este sentido, puede distinguirse entre quienes creen que los conceptos de «visitas» y «estancia» deben interpretarse como sinónimos, como es el caso de Marín López (2021: 239 y ss.), y quienes creen que «no pueden considerarse, ni mucho menos, sinónimos», como Colás Escandón (2005: 40).

<sup>12</sup> De acuerdo con este concepto, comprende Cruz Gallardo (2012: 295 y ss.) que el contenido de este régimen varía en función de dos elementos. Cuando se esté en presencia del menor regirán los derechos de visita y estancia, y, cuando no se esté en presencia de este, se ejercerá la comunicación. *Vid.* Vela Sánchez (2022: 116). Realiza un amplio estudio al respecto Ordás Alonso (2019: 78 y ss.), mencionando gran cantidad de jurisprudencia.

## 2. EL ARTÍCULO 94 CC

### 2.1. *El artículo 94 CC antes de la reforma de la Ley 8/2021*

Fue la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio, la que introdujo en el art. 94 que «el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Posteriormente, la Ley 42/2003 introdujo un segundo párrafo para añadir que, previa audiencia de los padres y de los abuelos del menor, podría establecerse un derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos conforme al art. 160 del Código Civil. En lo que a nosotros nos interesa, el juez debía y debe determinar el cómo, el cuándo, el dónde y el cuánto en el ejercicio del régimen de visitas, estancia y comunicación, y podía limitarlo o suspenderlo ante determinadas circunstancias que considerase «graves» o si se incumpliesen grave o reiteradamente los deberes impuestos al progenitor no custodio por resolución judicial.

El precepto, en mi opinión, contenía ciertos inconvenientes y aspectos que se podían haber pulido o matizado, fundamentalmente, su alusión a «graves circunstancias» fruto de no dejar claro a qué se refiere y trasladándose con ello la suerte de la discrecionalidad al juez, centrándose estos, en la mayoría de las ocasiones, en la existencia de un riesgo o peligro para la salud física o psíquica del menor<sup>13</sup>. Podemos verlo, por ejemplo, en la STS 903/2005, de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7734), al señalar expresamente que «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 [...]. 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»<sup>14</sup>. Y

<sup>13</sup> Ureña Martínez (2011: 110) expresa que, para limar las dificultades que puedan presentarse a la hora de estimarse unos actos como graves, el criterio utilizado por los tribunales ha sido el del beneficio del menor. Y en el que, precisamente, se han venido incluyendo, entre otros, los supuestos que ahora se especifican en el art. 94.4 CC. *Vid.*, entre otras, la SAP de Tenerife de 4 de marzo de 2021 (JUR 2021, 282709), la SAP de Murcia 235/2016, de 14 de abril (AC 2016, 1309) o la SAP de Baleares 142/2011, de 1 de diciembre (ARP 2011, 1464).

<sup>14</sup> En idéntico sentido, la STS 680/2015, de 26 de noviembre (RJ 2015, 5624), o la STS 54/2011, de 11 de febrero (RJ 2011, 2311).

también en sentencias del Tribunal Constitucional, como la STC 176/2008, de 22 de diciembre<sup>15</sup>, en la que se afirma que para la limitación de los derechos del progenitor bastará con la existencia de un

[...] riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente altera o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de esa perturbación incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante [...], resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos.

Como concreta la STC 71/2004, de 19 de abril, «no es preciso que la lesión [...] se haya consumado, basta con que exista un riesgo», que el Tribunal Constitucional declara también que debe ser «relevante» y resulte «palmaria, manifiesta, del todo indudable». También es criticable el indistinto e intermitente uso de los términos «limitación» y «suspensión» que hoy se mantienen en el art. 94.3 CC<sup>16</sup>. Sin embargo, no profundizaré más en estas carencias.

<sup>15</sup> Dictada como consecuencia de la interposición de un recurso de amparo con el objeto de dilucidar la vulneración o no de determinados derechos fundamentales en un procedimiento de modificación de medidas definitivas en materia de separación que acordó la modificación del régimen de visitas.

<sup>16</sup> Con palabras de Ordás Alonso (2019: 194), de esta manera se le concede al juez la facultad de «ponderar la gravedad de las circunstancias concurrentes, optando entre simples limitaciones de tiempo de modo, o la más radical de la suspensión del derecho». Además, la autora, en las páginas 188 y ss., realiza un análisis de lo que la jurisprudencia parece considerar «graves circunstancias» y aclara que limitar y suspender son facultades diferentes, y que, en realidad, el legislador, cuando se refiere a suspensión, en gran número de ocasiones, lo que acuerda es una supresión. En igual sentido, Rivero Hernández (1997: 351), que declara posible la supresión definitiva en determinados casos graves, aunque también apuesta por su posible recuperación. Y, también, Roca Trías (1984: 598), aunque aclara que la supresión se produce del ejercicio del derecho de visita, no de este en sí mismo, y siempre que estas decisiones se tomen atendiendo al beneficio del menor. Por el contrario, García Cantero (2004: 149 y ss.) no cree posible la supresión definitiva del régimen de visitas al carecer de norma legal que lo permita.

## 2.2. El artículo 94 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: su apartado cuarto

Ahora bien, uno de estos peligros o daños, tanto físicos como psíquicos, que el menor puede sufrir, se da en aquellos supuestos donde el progenitor —ya sea custodio o no custodio y que ejerza su derecho de estancia, visitas y comunicación— sea condenado por determinados delitos y, sobre todo, cuando las víctimas de estos sean el propio menor o su otro progenitor. La protección del menor debe ser uno de los puntos fundamentales en su desarrollo cotidiano, y, sin duda, una potencial convivencia con un progenitor condenado debe ser cuestionada amén de provocar un análisis de su viabilidad. Además, entre los potenciales delitos que en estas circunstancias suelen darse, se alzan los relacionados con la violencia doméstica o de género<sup>17</sup>. El deseo del legislador es tender a una protección completa de la integridad de los menores, alejándolos de las situaciones que pudiesen ser peligrosas o riesgosas y que con ello pudieran menoscabar el desarrollo integral del menor<sup>18</sup>. Precisamente, con este propósito se ha modificado, nuevamente, el art. 94 del Código Civil con la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal

---

<sup>17</sup> El uso de estos dos conceptos requiere de ciertas reflexiones, pues, como sostiene Vela Sánchez (2014: 11 y ss.), en muchas ocasiones se utilizan indistintamente o de manera inapropiada. Como indican González Collantes (2020: 85) y Magro Servet (2005: 3), la violencia doméstica se centra en el análisis de una problemática más general de agresiones producidas dentro de los círculos familiares y que han tenido históricamente una impunidad, mientras que, como confirma Pardo Hernández (2006: 679), la violencia de género excluye de su ámbito aquellos supuestos de violencia que se ejercen sobre los menores o los ancianos dentro del ámbito familiar. En idéntico, sentido Febles Yanes (2012: 1 y ss.), al expresar que no es correcto utilizar el concepto de violencia doméstica para hacer referencia a la violencia o maltrato que sufran las mujeres por parte de sus parejas o exparejas, pues debe emplearse para definir cualquier tipo de violencia producida en el hijo y contra cualquier persona que viva con él. *Vid.* también Múrtula Lafuente (2016: 20 y ss.).

<sup>18</sup> Este deseo generalizado se puede extraer, por ejemplo, de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, cuando señala que «cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas».

para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>19</sup>.

La finalidad pretendida en lo sustancial de esta reforma ha sido adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con discapacidad, llevada a cabo en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y cuyo propósito principal es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad, por todas las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como garantizar el respeto de su dignidad inherente. Partiendo de los referidos postulados, el legislador también ha llevado a cabo una profunda modificación de la regulación del régimen de patria potestad y, precisamente, en lo que se refiere a los procesos de crisis familiar.

La Ley 8/2021 introduce nuevas previsiones en el art. 94 CC, de las que interesa, en este trabajo, el apartado cuarto, que ha queda redactado de la siguiente manera:

No procederá el establecimiento de un régimen de visitas o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de 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<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> La referida Ley 8/2021 introduce distintas modificaciones en diversas leyes tanto civiles como procesales, sin embargo, la más extensa y de mayor calado se centra en el Código Civil, pues, con palabras del propio preámbulo, «sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y procesal».

<sup>20</sup> De hecho, como indica López de la Cruz (2023: 964), la finalidad última del precepto es «la protección del interés superior del menor, pues este tiene derecho a relacionarse tanto con sus progenitores como con las personas con las que tiene un vínculo afectivo familiar». Señala la SAP de Guadalajara 473/2022, de 20 de diciembre (JUR 2023, 74775), que «esta nueva redacción al artículo 94 del Código Civil incide de forma más intensa en la concepción de las visitas paternofiliales como un derecho establecido en interés del menor en cuanto las mismas contribuyen positivamente al desarrollo de la personalidad afectiva del menor. Conforme a dicho artículo la suspensión de las visitas o estancias del progenitor con el menor cuando aquel esté incurso en un proceso penal

Este apartado del art. 94 CC puede dividirse, claramente, en tres partes. La primera de ellas regula aquellos supuestos donde uno 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 cónyuge o sus hijos». El legislador, al utilizar las expresiones «no procederá» y «si existiera se suspenderá», pretende ocupar todo el arco temporal donde este supuesto pueda darse, es decir, tanto en aquellos donde el proceso penal del progenitor por los delitos señalados sea anterior al procedimiento por el que debe establecerse el régimen de visita o estancia, como en aquellos casos en los que se inicie ya vigente este. Por otro lado, la expresión «incurso en un proceso penal iniciado», que usa este inciso, genera abundantes dudas, tal como veremos, difíciles de resolver.

La segunda parte aclara que «tampoco procederá» cuando el juez, del desarrollo del procedimiento, y, concretamente, de las pruebas practicadas y de las alegaciones de las partes, estime la existencia de lo que el legislador ha conceptualizado como «indicios fundados de violencia doméstica o de género». El legislador, en este caso, no añade la coletilla «y si existiera se suspenderá», que sí introdujo en la previsión legal anterior, por lo que podría llegar a pensarse que estos supuestos de suspensión solo pueden darse cuando dichos indicios se

---

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 es la regla general. Por excepción, podrá establecerse un régimen de comunicación o estancia con el menor en resolución motivada en el interés superior del menor previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial». En realidad, con anterioridad a esta reforma, la gran mayoría de CC. AA. con competencias para ello ya habían elaborado normas similares. Se regula, por ejemplo, en el apartado 3 del art. 236.5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, cuyo título es, precisamente, «Denegación, suspensión y modificación de las relaciones personales»; en el apartado 6 del art. 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, o en la Ley 71 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, aunque estas dos últimas referentes a la custodia compartida. Debe resaltarse que estas regulaciones no incluyen una «excepción» que permita al juez, cuando se den las circunstancias establecidas, mantener o reestablecer el régimen de visitas, por medio de resolución motivada, como sí hace el art. 94. 4 CC. Además, sobre el art. 80.6 del Código del Derecho Foral de Aragón se planteó por el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Zaragoza una cuestión de inconstitucionalidad que fue admitida con fecha de 7 octubre de 2021; los argumentos principales volvían a ser las dudas sobre su respeto al principio de presunción de inocencia y al principio del interés superior del menor.

adviertan estando pendiente el proceso que decida sobre el régimen de visita, estancia o comunicación. Sin embargo, a nuestro entender, no creemos que eso fuera lo pretendido por el legislador, y dicha redacción —a mi juicio, poco correcta— sea fruto, simplemente, de la continuación con la frase anterior que no se quiso duplicar. Todo ello sin contar con que puedan surgir ciertos problemas respecto a cómo el juez del orden civil puede conocer estos indicios.

La tercera parte se representa, a nuestro entender, como una cláusula de cierre hipotética. Esta ofrece, en principio, frente al aparente automatismo del resto del precepto, cierto margen de actuación al juez, pues permite que, aunque se dé alguno de los supuestos que previamente señala el art. 94.4 CC, se siga manteniendo el régimen de visitas, estancia y comunicación, siempre que se haga previa evaluación de la situación paterno-filial, mediante resolución fundamentada en el interés superior del menor —o en el caso de un mayor con discapacidad necesitado de apoyos, en sus deseos y preferencias—<sup>21</sup>.

Nos resulta incuestionable que el precepto carece de una correcta técnica legislativa. La utilización del término «cónyuge» en el precepto no parece la más acertada, pues el término escogido debería haber sido el de «progenitor». El art. 94 del Código Civil, en concreto, y el régimen de visitas, estancia y comunicación, en general, debe ser aplicado sin considerar si los progenitores están unidos o no en matrimonio, pues su finalidad es resguardar al menor en contextos potencialmente riesgosos o perjudiciales, independientemente de si hayan formalizado o no su relación<sup>22</sup>. Además, el primero de

---

<sup>21</sup> En idéntico sentido Berrocal Lanzarot (2023: 1076 y ss.). Es, cuando menos, curioso, que este sea el único punto del precepto en el que se haga referencia al mayor con discapacidad.

<sup>22</sup> Con buen criterio aclara Ayllón García (2022: 99 y ss.) que el art. 39 de la Constitución Española exige a los poderes públicos asegurar protección integral a la familia y los hijos, con independencia de que los progenitores hayan contraído matrimonio o no, y, que, además, elimina cualquier discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Por estos motivos señala el autor que, probablemente, el uso del término «cónyuge» haya sido un descuido del legislador y que esta discriminación, en principio, será únicamente lingüística, pues no se verá reflejada en el plano material, ya que el precepto continuará aplicándose independientemente de que los progenitores formen parte de un matrimonio o no. Ahora bien, estando de acuerdo con el autor, pues un descuido del legislador no puede provocar esta discriminación entre hijos nacidos en el seno de un matrimonio y los que no, lo cual, como bien se señala, podría ser declarado inconstitucional, no debería generalizarse la aplicación de errores por parte del legislador; pero, por si sirviese de justificación, no debemos olvidar que, contextualmente, el art. 94 CC está en sede de medidas para tomar en caso de nulidad, separación o divorcio,

los incisos del art. 94.4 CC sí especifica que el proceso penal iniciado debe ser «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*», mientras que el segundo inciso se refiere sólo a la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, por lo que cabría pensar en la aplicación de este precepto en el supuesto de violencia ejercida frente a otro familiar o frente a otra pareja diferente al otro progenitor del menor.

También es criticable el uso de las expresiones «estar incurso en un proceso penal iniciado» y «existencia de indicios fundados». Ni en los textos legales ni en el proceder jurisprudencial encontramos referencias clarificadoras acerca de su verdadero significado. A pesar de ello, el legislador los viene utilizando en algunos otros preceptos, como el propio art. 92 del Código Civil, referente a la guardia y custodia de los hijos, así como en diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la jurisprudencia encontramos, también, un uso generalizado. A pesar de ello, sí podemos afirmar que de ambas expresiones se infiere la no existencia de una sentencia —firme o no—. Además, no debe desconocerse que podrían chocar frontalmente con la presunción de inocencia y el derecho de defensa del progenitor no custodio que se vea envuelto en estas circunstancias<sup>23</sup>.

Otra de las críticas fundamentales que pueden enunciarse es la proximidad temporal entre la publicación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, y la Ley 8/2021, pues solo dos días las separan. Esta ley orgánica modifica, entre otros, el art. 92 del Código Civil y los apartados 6 y 7 del art. 544 *ter* de la LECrim con el objetivo de «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». Debe plantearse, por tanto, si no hubiese sido más coherente y conveniente una reforma conjunta del derecho de visitas y de la guardia custodia por una única

---

por lo que, desde un punto de vista sistemático, el progenitor es también cónyuge. Por otro lado, Yzquierdo Tolsada (2011: 794), también sobre el régimen de visitas, separación y divorcio, aunque acerca del art. 160 CC, refiere que la utilización del término «progenitor» también es errónea y desafortunada, pues la progenie es una cuestión puramente biológica, y, padre, jurídicamente, se puede ser de diferentes formas, por lo que hubiese sido más correcto hablar del «derecho de los padres».

Cabe resaltar que por medio de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, se ha modificado el término «padres» por el de «progenitores» del art. 92.7, sobre guarda conjunta.

<sup>23</sup> Con palabras de Berrocal Lanzarot (2023: 1074) puede resultar un tanto «incompatible».

ley<sup>24</sup>. Y, para ello, resultaba idónea la citada ley orgánica, por varias razones. En primer lugar, porque, dada la proximidad en su publicación, no podía desconocerse la paralela tramitación de las leyes. En segundo lugar, porque la Ley 8/2021 no deja de ser una ley de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York y de protección de las personas con discapacidad, por lo que deja descontextualizado el propio art. 94 CC, cuya modificación, de hecho, hubiese encajado mucho mejor en una ley cuyo objeto principal es, precisamente, la protección integral de los menores frente a cualquier tipo de violencia<sup>25</sup>. Y, además, como hemos referido anteriormente, los cambios introducidos en el art. 94 CC podrían afectar sustancialmente a algunos derechos fundamentales, por lo que su introducción mediante una ley ordinaria puede ser criticada. Por todo ello, no encontramos motivos contundentes que justifiquen no proceder a la reforma del art. 94 CC mediante la Ley Orgánica 8/2021<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Para Ortega Calderón (2021: 2 y ss.) y Sillero Crovetto (2022: 1627 y ss.), con una reforma conjunta se hubiese conseguido un resultado verdaderamente adecuado que podría haber evitado las diferentes dificultades que suscitan la búsqueda de los criterios de interpretación normativa en una legislación como esta, caracterizada por ser bastante asistemática.

<sup>25</sup> De hecho, el propio preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021 comienza expresando que «la lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos. Para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia». Y concreta: «Esta Ley combate la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias. La ley va más allá de los marcos administrativos y penetra en numerosos órdenes jurisdiccionales para afirmar su voluntad holística. Desde una perspectiva didáctica, otorga una prioridad esencial a la prevención, la socialización y la educación, tanto entre las personas menores de edad como entre las familias y la propia sociedad civil. La norma establece medidas de protección, detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados y recuperación de la víctima, que encuentran su inspiración en los modelos integrales de atención identificados como buenas prácticas a la hora de evitar la victimización secundaria». Cabe recordar que la modificación del apartado cuarto del art. 94 no apareció hasta su trámite parlamentario en el Senado, en virtud de una propuesta del grupo parlamentario nacionalista al propio informe de la ponencia, por lo que carecemos de la información necesaria para conocer su fundamentación.

<sup>26</sup> Igualmente, como afirma Ayllón García (2022: 102 y ss.), el *nomen iuris* de la ley orgánica, referente a la protección integral de la infancia y de la adolescencia frente a la violencia, es más oportuno para la reforma dada del art. 94 CC. Plantea el autor que,

Pero, sin duda, las críticas principales al precepto se han centrado en el aparente automatismo que refleja su contenido. Una estricta interpretación de la primera y la segunda de las partes de este art. 94.4 CC puede suponer la automática suspensión del derecho de visita, estancia y comunicación cuando se den las premisas que se preceptúan, es decir, respecto de aquel 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 «cuando la autoridad judicial advierta, [...], la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género», sin maniobrabilidad o posibilidad de ponderación por parte del juez, y, por ello, quedando únicamente el resquicio de la última parte del art. 94.4 CC, que más tarde se analizará.

## II. LAS DUDAS CONSTITUCIONALES DEL ARTÍCULO 94.4 CC

### 1. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 5570-2021

Todas estas dudas sobre el art. 94 CC y, en concreto, sobre su apartado cuarto, provocaron que el pasado 3 de septiembre de 2021, el grupo parlamentario Vox presentase un recurso de inconstitucionalidad contra los puntos 10 y 19 del art. 2 de la Ley 8/2021, preceptos que modifican, respectivamente, el art. 94 del CC y el art. 156 CC. Centrándonos en el concreto art. 94, los argumentos proferidos plantean la posible vulneración de los arts. 24, 117.3, 122 y 9.3 de la Constitución Española.

---

quizás, el motivo de llevar a cabo la reforma por ley ordinaria fuese que, a pesar de que la aplicación de los apartados que estamos tratando del art. 94 trae consecuencia directa en hechos de carácter penal —lo que justificaría, todavía más, su reforma por medio de LO—, el legislador estuviese pensando en su aplicación en los procesos civiles, que es donde normalmente se dilucidan los procesos de separación o divorcio y las decisiones sobre el régimen de visitas. La conexión entre normativas es de tal grado que, como expresa Planchadell Gargallo (2021: 198), la reforma del art. 544 *ter* de la LECrim que lleva a cabo la LO también permite la no suspensión del «régimen de visitas, estancia, relación o comunicación», «mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa audiencia de la situación de la relación paternofamiliar», dicción idéntica a la de la tercera parte del art. 94.4 del CC. Además, como señala Magro Servet (2021: 46 y ss.), la LO 8/2021, gracias a su gran heterogeneidad, ha acabado siendo una auténtica ley integral, por lo que menos se entiende que la reforma del art. 94 del CC no se llevase a cabo por ella y sí por una ley en materia de discapacidad.

El art. 117.3 de la CE declara que la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales. Sin embargo, en el recurso de inconstitucionalidad se plantea que la dicción del inciso primero del art. 94.4 CC puede vulnerar este derecho constitucional en relación con el art. 39 CE. En concreto, dicha vulneración puede verse producida por el potencial automatismo de privación al progenitor de los derechos de visita o estancia que parece extraerse de dicha parte del precepto. Su redacción puede impedir de modo efectivo el mandato constitucional por el que deben ser los jueces quienes se pronuncien en estos supuestos valorando la opción más conveniente para los menores. Además, el recurso plantea, en este sentido, que el precepto puede limitar e impedir el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Poder Judicial y privar al progenitor de su derecho a la tutela judicial efectiva, al no poder recurrir la decisión cuando considere lesionados sus derechos<sup>27</sup>.

En los mismos términos se plantea la inconstitucionalidad de la segunda parte del art. 94.4 CC. De su redacción, como hemos expresado, también parece derivar una privación automática de los derechos de visita y estancia del progenitor sin que el juez pueda resolver a favor de la mejor opción para el interés del menor 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». Además, se añade que este segundo inciso puede vulnerar también la «reserva de Ley Orgánica» del art. 81.1 CE, en relación con el art. 122.1 CE, y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24 CE. Por un lado, porque la redacción del precepto, tal y como se ha llevado a cabo, puede hacer que el juez civil tenga que pronunciarse sobre la existencia de dichos indicios fundados, lo que, en principio, sólo puede realizar un órgano que pertenezca a la jurisdicción penal. Una modificación como esta puede afectar a los puntos 6, 2 y 3 del art. 9 y al art. 89 *bis* 2 de la LOPJ, por lo que no tiene sentido que se haya llevado a cabo por una ley ordinaria, en lugar de por una ley orgánica. Y, por otro lado, se cuestiona también su constitucionalidad respecto al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 de la CE, pues no atribuye la competencia al juez «ordinario», que es a quien le correspondería conocer del asunto y, por lo tanto, no respeta la estructura jurisdiccional que desarrolla la LOPJ, imposibilitando, así, la impugnación de la resolución por el progenitor afectado.

---

<sup>27</sup> Como argumento a favor de la inconstitucionalidad planteada, se añade, además, la STC 185/2012, de 17 de octubre, que declaró inconstitucional el inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal que el art. 92.8 del CC establece para acordar la guardia y custodia compartida, cuando no se den los supuestos establecidos en dicho precepto y sólo de esta forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor.

Además, reitera las críticas pronunciadas en el uso de la expresión «incurso en un procedimiento penal iniciado» y se plantea que pueda suponer un quebranto del principio de seguridad jurídica, pues no es posible saber con exactitud a qué situación jurídica se refiere el legislador. Los recurrentes consideran que, si el legislador ha necesitado añadir el adjetivo «iniciado» en la expresión es porque puede plantearse la existencia de un «procedimiento penal no iniciado». Ante la «incertidumbre insuperable» a la que los recurrentes señalan que la nueva redacción de este apartado nos aboca, plantean la conveniencia acerca de la utilización de expresiones ya conocidas como denunciado, querrellado, investigado o procesado, que, sin duda, habrían acarreado, también a mi parecer, menos problemas<sup>28</sup>.

Por último, el recurso de inconstitucionalidad también cuestiona la última parte del precepto, en concreto, porque se entiende que la privación del régimen de visitas será siempre «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».

## 2. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 7 DE MÓSTOLES DE 22 DE MARZO DE 2022

Debe constatar, asimismo, que el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles, con fecha de 22 de marzo de 2022<sup>29</sup>, planteó una cuestión de inconstitucionalidad fundada en la posible infracción por parte del art. 94 CC de los arts. 10.1, 14, 24.2, 39 y 81.1 de la CE<sup>30</sup>.

La jueza titular del juzgado plantea que el art. 94.4 CC pueda vulnerar el derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad como funda-

<sup>28</sup> De hecho, Calzadilla Medina (2021: 223) adelantó que el uso de esta expresión plantearía dudas constitucionales que obligarían a pronunciarse al TC, no tanto respecto al uso concreto de la expresión, sino por el automatismo que parece desprenderse del precepto. Para la autora, los dos primeros incisos del art. 94.4 CC pueden provocar de manera inmediata la privación de la relación de los hijos con sus progenitores cuando se dé su supuesto de hecho.

<sup>29</sup> AJPI 22/2022, de 22 de marzo (JUR 2022, 119532).

<sup>30</sup> La cuestión se plantea en el marco de un procedimiento de suspensión del régimen de custodia a favor de la madre del menor, por una solicitud de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de la guarda del art. 158 del CC planteado por el padre, tras la existencia de un procedimiento por maltrato de la madre hacia el hijo.

mento del orden político y de la paz. En la cuestión de inconstitucionalidad se destaca la importancia que los padres tienen en el desarrollo afectivo y educativo de los menores, por ello, basándose también en el art. 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en el art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño, y en el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, junto con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se cuestiona su incompatibilidad con el art. 10.1 de la CE<sup>31</sup>.

Se considera, además, que el derecho a la igualdad también puede verse vulnerado. Los menores tienen derecho a disfrutar de la compañía de sus padres sin merma alguna, sin embargo, la magistrada cree que el apartado cuarto del art. 94 puede conculcar este derecho de los menores a relacionarse en condiciones de igualdad con cada uno de sus progenitores, y, por lo tanto, ser contrario al art. 14 de la CE.

Compartiendo idéntico parecer con el esgrimido en el recurso de inconstitucionalidad, se plantea la posible vulneración del art. 24.2 CE en relación con el art. 117 CE, si bien con matices distintos. En concreto, se considera que el art. 94.4 CC puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, pues, pese a la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de preceptos que permiten la privación del derecho de visita y estancia de los hijos como medida cautelar, el precepto cuestionado recoge una «consecuencia jurídica automática de la aplicación al supuesto de hecho de una norma civil». La cuestión de inconstitucionalidad también pone en duda la constitucionalidad de que un juez civil, con independencia de la investigación penal, esté obligado a «adoptar una consecuencia jurídica automática de índole sancionadora, aplicando la privación de un derecho a la mera investigación», y, por lo tanto, cercenando el derecho a la presunción de inocencia. La magistrada es plenamente consciente de la «vía de escape» del último inciso del art. 94.4 del CC, sin embargo, con buen criterio, indica que esta norma aplica una perspectiva equivocada, pues la motivación razonada debería darse para la limitación o la suspensión del régimen de visitas, no para su mantenimiento, tal y como hace el controvertido precepto. Es aquí, además, donde se recuerda la relevancia y conexión que estos procedimientos deben tener con el principio

---

<sup>31</sup> Las sentencias expresadas son STEDH de 24 de marzo de 1988, caso *Olsson contra Suecia*; STEDH de 16 de septiembre de 1999, caso *Buscemi contra Italia*; STEDH de 19 de septiembre de 2000, caso *Gnabore contra Francia*; STEDH de 17 de diciembre de 2002, caso *Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos*; STEDH de 24 de febrero de 2009, caso *Errico contra Italia*; STEDH de 18 de junio 2013, caso *R.M.S. contra España*, y STEDH de 29 de abril de 2014, caso *Z.J. contra Lituania*.

del interés superior del menor recogido en el art. 39 CE. Por último, también se plantea que la independencia judicial, que debe caracterizar la función jurisdiccional recogida en el art. 117 de la CE, pueda verse vulnerada con la aparente imposición de un informe psicosocial para justificar la referencia del art. 94.4 CC a la «previa evaluación de la situación paterno-filial», pues parece requerir un «plus probatorio específico» para evitar la aplicación automática de la consecuencia jurídica del precepto<sup>32</sup>.

El principio del interés superior del menor del art. 39 CE debe inspirar cualquier procedimiento que pueda afectar a cualquier menor. Por lo tanto, el automatismo que plantea el art. 94.4 CC puede infringirlo al no poder ser valorado por la autoridad judicial. De acuerdo con la cuestión de inconstitucionalidad, la elusión al control judicial y la reducida maniobrabilidad de la autoridad judicial, que solo permiten la motivación del mantenimiento del derecho de visita y estancia, en lugar de su limitación o suspensión, pueden vulnerar el principio del interés superior del menor recogido no solo en la Constitución española, sino en diversos textos y declaraciones internacionales de los que España es parte.

Por último, también en la cuestión de inconstitucionalidad se plantea la vulneración del art. 81.1 CE. El art. 94.4 CC parece contener una previsión que afecta a la presunción de inocencia; y esto era razón suficiente para que la reforma se hubiese llevado a cabo por medio de una ley orgánica. De hecho, la magistrada considera que «no es comprensible» que esta reforma no se incluyese en la Ley Orgánica 8/2021 cuando, de hecho, tiene mayor relación que con la Ley 8/2021 y la proximidad temporal es evidente; sin embargo, lo justifica en una carencia de mayorías suficientes en el Parlamento, lo que de modo alguno excusa la elusión del mandato constitucional.

Desafortunadamente el Tribunal Constitucional por medio de su Auto 186/2023, de 18 de abril, ha inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad alegando la falta de justificación de la cuestión de la relevancia de la constitucionalidad del precepto para resolver el asunto del que trae causa. De hecho, aunque la mencione someramente, ha tenido en cuenta su sentencia 106/2022, de 13 de septiembre de 2022, pues inmediatamente después expresa que «el propio órgano judicial reconoce expresamente que puede eludirse la suspensión del régimen de visitas o estancias que el precepto establece, y que, por consiguiente, puede acordarse un régimen de visitas, comunicaciones

---

<sup>32</sup> La STC 185/2012, de 17 de octubre, mencionada también por el recurso de inconstitucionalidad anterior, sirve igualmente de fundamento aquí y añade la jueza que es como si el legislador, «en realidad, pretendiera apartar a los jueces de la decisión imponiéndoles un automatismo legal en sus decisiones».

o estancias, a través de una resolución motivada en el interés superior del menor». Se ampara así en la última parte del art. 94.4 CC que, como vamos a ver a continuación, es el argumento principal al que se acoge el Tribunal Constitucional para declarar la constitucionalidad del precepto.

### 3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 106/2022, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022

#### 3.1. *El principio del interés superior del menor y la suspensión del régimen de visitas, estancia y comunicación*

La sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo parlamentario Vox que cuestionaba la constitucionalidad del art. 94 CC, y lo ha hecho desestimándolo, confirmando la conformidad de la norma discutida con la Constitución<sup>33</sup>. La sentencia contiene bastantes vicisitudes que conviene analizar y comentar.

El pilar fundamental del razonamiento de la sentencia es el principio del interés superior del menor, de su protección integral y de la protección social, jurídica y económica de la familia del art. 39 CE.

Numerosos textos legales europeos e internacionales reconocen este principio. El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, reconoce el compromiso de las instituciones, tanto públicas como privadas, de los Estados parte de salvaguardar y asegurar, en todo momento, el cuidado y protección de los menores<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> También se resuelve, declarando igualmente constitucional, el art. 2.19 de la Ley 8/2021, que modificó el art. 156 del CC, cuyo respeto constitucional también fue cuestionado por el recurso de inconstitucionalidad 5570-2021, pero no nos centraremos en él.

<sup>34</sup> *Vid.* al respecto la observación general 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, donde se destaca el interés superior del niño como concepto triple. Como derecho sustantivo que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar sus distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida y que esta sea garantizada. Como principio jurídico interpretativo fundamental, pues ante una duda interpretativa deberá escogerse aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor. Y como norma de procedimiento, pues, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un menor, a un grupo de menores o a los menores en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las repercusiones, tanto positivas como negativas, de la decisión en los menores.

Esta misma idea ya se había formulado en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 al consagrar que las leyes que se promulgan con el objeto de proteger y cuidar a los niños, así como para su desarrollo físico, mental, espiritual y social, deben atender al interés superior del niño. Este principio también inspira de manera generalizada el texto del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, y ratificado por nuestro país el 30 de junio de 1995. Igual consideración se puede formular del 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, y ratificado por España el 28 de mayo de 2010, que declara el interés superior del niño como consideración primordial. También ocupa un lugar relevante este principio en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al reconocer en su art. 24 el derecho de los menores a sus cuidados y a su protección y al declarar, de nuevo, su índole de consideración primordial en todos los actos que lleven a cabo las autoridades e instituciones públicas y que afecten a los menores.

Pero, sin duda, la mayor relevancia de este principio deriva de que el art. 39 CE lo convierte en principio rector de la política social y económica, por lo que debe ser reconocido, respetado y protegido tanto por la legislación positiva como por la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

También lo encontramos en otras normas de la legislación interna. Es el caso de la regulación de las relaciones paternofiliales en el Código Civil, y también el del art. 49 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que acude a la necesaria atención del interés superior del menor cuando exista desacuerdo por los progenitores en el orden de los apellidos del menor y tenga que ser el encargado del Registro Civil el que lo establezca. Y, especialmente, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras su modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que generaliza el interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones, tanto administrativas como judiciales, que estén relacionadas con el menor<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Su art. 2, intitulado precisamente «Interés superior del menor», señala que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

En definitiva, en estas normas internacionales, y estatales, así como en otras autonómicas, subyace como principio primordial la consideración del interés superior del menor como factor determinante en la implementación de cualquier medida que les pueda afectar.

Este interés superior, sin embargo, está falto de una definición específica, y se hace precisa su delimitación, configuración, adaptación y concreción en cada caso particular. Se erige, por tanto, como un concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando tanto con el pleno y libre desenvolvimiento 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 administradores públicas, como con su salud y bienestar psicológico y emocional, además de otros aspectos de índole material y la salvaguardia de los derechos fundamentales<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Así lo expresa la STS 582/2014, de 27 de octubre (RJ 2014, 5183). Aclara la STS 835/2013, de 6 de febrero (RJ 2014, 833), que «el interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio». Comprende De Torres Perea (2009:24) que el principio del interés superior del menor se introduce como una cláusula general que integra el principio general del derecho y que se expresa normativamente como un concepto jurídico indeterminado. Similar reflexión nos proporciona Verdura Izquierdo (2019: 63 y ss.) al afirmar que es prácticamente imposible llevar a cabo una definición única y unívoca del interés del menor, pues este concepto es limitativo e informador de otras instituciones, lo que permite concretar el contenido de estas. El autor especifica que, por esta razón, para realizar una determinación del concepto se debe atender a todos los datos aportados al proceso o al supuesto particular sobre los que debe pronunciarse el juez. Resulta, igualmente, bastante reveladora la concreción que lleva a cabo Ordás Alonso (2019: 51) al afirmar que, de manera inicial, el principio del interés superior del menor debe centrarse en conceder los medios apropiados que permitan establecer un contacto estable, organizado y regulado con el progenitor que no ostenta la custodia. Este propósito debe posibilitar la colaboración del progenitor en la educación y desarrollo integral de su hijo, en su papel fundamental como padre y como titular de la responsabilidad parental. La salvaguarda de la relación paternofamiliar, el fortalecimiento del vínculo y el arraigo entre padre e hijo constituyen objetivos primordiales. En esta línea, señala la autora que deberán procurarse contactos, lo más extensos y profundos posibles, que traten de minimizar los daños ocasionados por la limitada presencia cotidiana de ambos progenitores en la vida del menor.

Como puede comprobarse, la importancia de este principio excede del simple régimen de visitas, estancia y comunicación<sup>37</sup>, y debe extenderse a cualquier decisión que pueda afectar a los menores<sup>38</sup>. En el ámbito de las relaciones entre padres e hijos, el criterio fundamental que debe guiar la determinación del juez, a la vista de las circunstancias concretas y específicas del caso, es, sin lugar a duda, el interés superior del menor. Este debe ser evaluado de manera equilibrada junto con el interés de sus progenitores, que, aunque ostentando una jerarquía inferior, no por ello carece de relevancia. El principio del interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de las medidas que se acuerden respecto del menor. Cuando el desenvolvimiento de los vínculos parentales tiene el potencial de ejercer un impacto adverso en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de estos siempre debe prevalecer<sup>39</sup>. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, con el fin de evaluar debidamente la necesidad y la proporcionalidad de la medida adoptada<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Aunque ocupa un lugar relevante en esta materia, como expresa Rivero Hernández (2000: 971), el interés del menor es al contenido del régimen de visitas lo que la función social de la propiedad al contenido del derecho de propiedad.

<sup>38</sup> Por lo que debe inspirar también, entre otros, los procedimientos donde se discuta el uso de la vivienda familiar —STS 31/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 924); STS 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839)—, el orden de los apellidos paterno y materno por falta de acuerdo entre los progenitores —STS 621/2015, de 12 de noviembre (RJ 2015, 5602); STS 620/2015, de 11 de noviembre (RJ 2015, 5606); STS 76/2015, de 17 de febrero (RJ 2015, 924)—, o, la guarda y acogimiento de menores —STS 582/2014, de 27 de octubre (RJ 2014, 5183)—. Si bien es cierto que en el caso del derecho de visita tiene un carácter especial, pues la prevalencia del interés del menor supone que este derecho sea de «de geometría variable», ya que influye tanto en su efectividad como en su contenido y alcance —*vid.* SAP Huelva 138/2012, de 4 de julio (JUR 2013, 141480); *vid.*, también, STEDH de 6 de julio de 2010, caso *Neulinger y Shuruk contra Suiza* (JUR 2010, 227323)—.

<sup>39</sup> Como insta la observación 10 de 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, toda forma de violencia, incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, debe considerarse tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y un acto contra el interés superior del menor.

<sup>40</sup> *Vid.* la STC 176/2008, de 22 de diciembre. Lo expone brillantemente la STC 185/2012, de 17 de octubre: «[...] en materia de relaciones paterno-filiales [...], el

El interés superior del menor tampoco debe circunscribirse única y exclusivamente a un aspecto material, sino que es reiterada su relevancia también desde un punto de vista procesal. Fiel exponente de ello es la sentencia del Tribunal Supremo 308/2022, de 19 de abril (RJ 2022, 2093) que afirma:

[...] la atribución de la condición primordial y superior del interés del menor, así como su significación como principio de orden público, afecta a la regulación de los procedimientos en los que están comprometidos los derechos de los menores, permitiendo excepciones sobre los dos pilares fundamentales en los que se asienta el proceso civil, cuáles son los principios de aportados de parte y dispositivo. De esta manera, se potencian las facultades de oficio de los titulares de la jurisdicción y las posibilidades procesales de las partes, lo que encuentra consagración normativa en

---

criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de algunos de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente». En sentido similar, la STC 141/2000, de 29 de mayo; la STC 124/2002, de 20 de mayo; la STC 144/2003, de 14 de julio; la STC 71/2004, de 19 de abril, y la STC 11/2008, de 21 de enero. Y también sentencias del TEDH como las SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso *Olsson*; de 28 de noviembre de 1988, caso *Nielsen*; de 25 de febrero de 1992, caso *Andersson*; de 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann*; de 23 de septiembre de 1994, caso *Hokkanen*; de 24 de febrero de 1995, caso *McMichael*; de 9 de junio de 1998, caso *Bronda*; de 16 de noviembre de 1999, caso *E.P. contra Italia*; de 21 de diciembre de 1999, caso *Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*; de 5 de noviembre de 2002, caso *Yousef contra Países Bajos*; de 10 de enero de 2008, caso *Kearns contra Francia*, y de 7 de marzo de 2013, caso *Raw y otros contra Francia*. En el caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6722) recuerda 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, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, 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.

los arts. 90.2 y 158 del CC, 751, 752, 770.4ª II, 771.3, 778 bis 4, 778 quáter, 778 quinquies 7 de la LEC, entre otros<sup>41</sup>.

La aplicación de este principio ofrece la posibilidad de moderar la rigidez de las normas procesales o ceder, en beneficio de los intereses legítimos y perspectivas de terceros. Al mismo tiempo, orienta y gobierna la totalidad de las actuaciones judiciales que se desplieguen en los procedimientos de índole familiar. A través de la predominancia de este principio de protección sobre las normas procesales, se establece el marco para la tramitación de tales procesos bajo el criterio de la flexibilidad procedimental, quedando, así, ampliadas las facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado<sup>42</sup>. Esta flexibilización la vemos, por ejemplo, en sentencias como la STS 204/2012, de 21 de mayo (RJ 2012, 6532), o la STS 525/2017, de 27 de septiembre (RJ 2017, 4110), donde se relaja la rigurosidad del deber de estricta congruencia del art. 218 de la LEC.

La cuestión principal y el motivo fundamental del recurso de inconstitucionalidad planteado se centraban, por lo tanto, en estudiar si el art. 94.4 CC, con el respaldo de los arts. 39, 24.1 y 117. 3 de la CE, atribuye al Poder Judicial una facultad supervisora que funcione como límite constitucional, junto con la

---

<sup>41</sup> El carácter de orden público de este principio se reitera en la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo —STS 258/2011, de 25 de abril (RJ 2011, 3711); STS 823/2012, de 31 de enero de 2012 (RJ 2013, 927); STS 569/2016, de 28 de septiembre (RJ 2016, 4580), STS 251/2018, de 25 de abril (RJ 2018, 1689)— como del Tribunal Constitucional (STC 178/2020, de 14 de diciembre; STC 81/2021, de 19 de abril). De hecho, aquellas actuaciones que no respeten el interés superior del menor podrá considerarse que vulneran el orden público español —*vid.* STS 277/2022, de 31 de marzo (RJ 2022, 1190) y STS 835/2013, de 6 de febrero (RJ 2014, 833)—. La STS 251/2018, de 25 de abril (RJ 2018, 1689) confirma que «el interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten 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». Se trata de casos surgidos por procedimientos de adopción internacional tras gestación subrogada. Cabe recordar también la consideración del derecho de visita, estancia y comunicación por Rivero Hernández (2010: 26) como «orden público familiar», en el que podría incluirse igualmente el principio del interés superior del menor.

<sup>42</sup> Lo comprende de esta manera también la STS 705/2021, de 19 de octubre (RJ 2021, 5413). Igualmente, la jurisprudencia constitucional mantiene esta idea. *Vid.* SSTC 187/1996, de 25 de noviembre; 77/2018, de 5 de julio; 178/2020, de 14 de diciembre; 65/2016, de 15 de enero; 65/2016, de 11 de abril, y 5/2001, de 15 de enero.

libertad de configuración propia del legislador en el régimen de visitas, estancia y comunicación de los menores con sus padres. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que ni del propio art. 39 de la CE ni de los tratados internacionales que regulan la protección del interés superior del menor —a los que antes nos hemos referido— ni de la doctrina al respecto del TEDH puede deducirse la imposibilidad de que la decisión del legislador sobre el régimen de estancia esté ponderada en dicho interés. El tribunal comprende que es factible una regulación general, en virtud de la cual se determine la resolución que sobre el régimen de visitas, estancia y comunicación deba adoptarse, y ello ni va en contra del principio de exclusividad de los jueces en el ejercicio de la actividad jurisdiccional del art. 117. 3 CE ni en contra del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, ni, mucho menos, del propio art. 39 CE, en ninguno de sus apartados. El legislador debe llevar a cabo una regulación que preserve los derechos fundamentales de las personas menores de edad, y, entre ellos, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y el art. 94.4 CC, indica precisamente el Alto Tribunal, también trata de garantizarlos, permitiendo al juez no sólo establecer acciones positivas o de promoción, sino también prohibiciones, suspensiones o limitaciones que salvaguarden dichos derechos fundamentales y, en definitiva, cualquier tipo de protección constitucional.

Una lectura literal de los incisos primero y segundo del apartado cuarto del art. 94 CC lleva a la conclusión de que esta norma puede provocar una privación automática del derecho de visita del progenitor que «esté incurso en un proceso penal iniciado» por atentar contra los bienes jurídicos del otro progenitor o del propio menor allí mencionados, o sobre el que existan «indicios fundados de violencia doméstica o de género» por imposición de la ley, sin dar ninguna opción a los jueces para ponderar esta posible suspensión al caso concreto que esté en cuestión. Estos dos incisos no parecen permitirle al juez valorar otra opción que no sea la de no proceder al establecimiento del régimen de visitas, o, si existiera, suspenderlo cuando aprecie el supuesto de hecho de la norma. Y es consecuente y lícito pensar que, si se interpreta de esta manera, el juez se convertiría en un simple aplicador automático de la suspensión, al haberse sustituido, como de hecho se refiere en el propio recurso de inconstitucionalidad, «el pronunciamiento judicial por la decisión del legislador». De esta manera, se impide al juez atender, valorar o ponderar el principio del interés superior del menor que le permite ver y estar con sus padres, en beneficio de lo que quizá podría llamarse «interés del menor en evitarle actos que supongan violencia contra ellos o sus familiares»<sup>43</sup>. Es obvio que resulta

---

<sup>43</sup> Para Guilarte Martín-Calero (2014: 131), los automatismos legales no son deseables, y, mucho menos, en casos que afecten a menores, pues debe ser el juez quien valore aquello que es más beneficioso para el menor.

más conveniente y favorable al interés superior del menor atender al concreto caso que se trate. El interés del menor debe ser el de ese concreto menor, no de los menores en general, y ello debe suponer investigar no sólo sobre el caso concreto que ha llevado al progenitor a estar incurso en un proceso penal o cuáles son esos indicios fundados de violencia doméstica o de género, sino sobre todos los aspectos que afecten al caso<sup>44</sup>.

El legislador siempre debe tender a la búsqueda de soluciones proporcionadas y ponderadas al caso concreto, y ello conlleva que la privación del régimen de visitas sea la última opción posible, pues el menor tiene derecho a relacionarse con sus progenitores, y únicamente en aquellos casos en los que pueda comprobarse y contrastarse fielmente que la relación entre ellos va a afectar negativamente al menor y va a provocar efectos perjudiciales y perniciosos, la solución será la suspensión del derecho de visita.

Con todo ello, el Tribunal Constitucional recuerda que el art. 94 CC permite a la autoridad judicial determinar el tiempo, modo y lugar en el que los progenitores que no tengan consigo a sus hijos menores puedan disfrutar y ejercitar su derecho a visitarlos, comunicar y estar con ellos o tenerlos en su compañía, y confirma que las dudas surgidas sobre un potencial automatismo que impedirían a los jueces tomar una decisión diferente a la suspensión o limitación del régimen de visitas, cuando se diesen los supuestos que el art. 94.4 CC señala, no pueden confirmarse. El tribunal manifiesta que, lejos de esta idea, el precepto permite a la autoridad judicial la facultad de decidir sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas, estancia o comunicación o la suspensión de este, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Y, para esta conclusión, resulta esencial el último inciso del art. 94. 4 CC, es decir, la previamente denominada «vía de escape». Para el Tribunal Constitucional es la expresión de «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

---

<sup>44</sup> Águeda Rodríguez (2016: 324), aunque refiriéndose al olvidado Anteproyecto de Ley del Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental, ejemplifica algunas de estas circunstancias, como son la edad y conciencia del menor, la posición en la que ha sufrido el menor, el comportamiento del progenitor, etc. Además, también considera que nunca debe tomarse una decisión, de forma automática, vinculada a una condena penal, y menos cuando esta se sustente en hechos que no son, en principio, extrapolables a la relación paternofamiliar en cuestión.

voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial» la que impide considerar el automatismo planteado en el recurso de inconstitucionalidad. La autoridad judicial tiene que atender al interés superior del menor, evaluar la situación de la relación paterno-filial y valorar «la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso», a la hora de decidir sobre la suspensión o no del régimen de visitas, estancia o comunicación, cuando se den las circunstancias expresadas en los incisos primero y segundo del art. 94.4 CC. Con estos argumentos, el Tribunal Constitucional confirma el respeto de la modificación del apartado cuarto del art. 94 CC al art. 39 CE y, por lo tanto, al principio del interés superior del menor.

### **3.2. La posible vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE: las expresiones «estar incurso en un proceso penal iniciado» y «la existencia de indicios fundados»**

Otra de las dudas de constitucionalidad planteadas en el recurso de inconstitucionalidad se basó en el uso de la expresión estar «incurso en un proceso penal iniciado», y en su compatibilidad con el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE. El Tribunal Constitucional recuerda en este punto su doctrina sobre el principio de seguridad jurídica, en virtud de la cual debe concebirse desde una perspectiva objetiva como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, y desde un plano subjetivo, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho<sup>45</sup>. Y pone de manifiesto que la función del tribunal es la elaboración de un juicio de constitucionalidad que, en ningún caso, debe ser de técnica legislativa, pues no debe valorar la calidad técnica de las leyes, sino, simplemente, si estas respetan los preceptos constitucionales<sup>46</sup>. En este sentido, el Alto Tribunal evita pronunciarse sobre a qué parece el legislador referirse con el uso de esta expresión, pero sí afirma que, igual que se expresó en el recurso de inconstitucionalidad, la aclaración de que el proceso penal esté «iniciado» puede tratar de excluir aquellos supuestos en los

<sup>45</sup> Vid. STC 15/1986, de 31 de enero, y STC 36/1991, de 14 de febrero.

<sup>46</sup> Con palabras de la STC 40/2018, de 26 de abril de 2018, el Tribunal Constitucional no es un «juez de la calidad técnica de las leyes, sino vigilante de su adecuación a la Constitución». Doctrina que ya se había reiterado en sentencias anteriores como STC 341/1993, de 18 de noviembre, STC 164/1995, de 13 de noviembre y STC 341/2005, de 21 de diciembre.

que no se haya resuelto todavía sobre la admisión de la denuncia o la querrela, lo que parece eliminar cierta imprevisibilidad e incerteza de la norma.

En definitiva, el tribunal descarta la vulneración del principio de seguridad jurídica por el art. 94.4 del CC, pero no porque quede clara la locución del precepto, sino porque, según señala, «si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas, respecto del progenitor denunciado o querrellado que hubiera sido imputado por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del art. 94 CC señala, 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 procesal».

La verdadera crítica, nuevamente, debe expresarse frente al legislador. Evitar el empleo de términos no delimitados en nuestro ordenamiento jurídico es la opción más recomendable. En este sentido, carecemos de una regulación que proporcione una definición a esta locución particular y su uso se reduce al apartado referido y al también criticado y cuestionado art. 92.7 CC<sup>47</sup>. Tampoco la jurisprudencia nos aclara las dudas, pues no ha ideado una definición al respecto, aunque sí ha mostrado cierta flexibilización respecto a la «finalización» de dicha condición en supuestos ya próximos a la conclusión

---

<sup>47</sup> Declara García Rubio (2009: 169) que «estar incurso jurídicamente» no es nada. Ahora bien, le surgen también ciertas dudas sobre su constitucionalidad si se requiere alguna otra exigencia como estar imputado o la mera alusión a indicios fundados, sin necesidad de sentencia.

El Tribunal Supremo, con su Auto 581/2023, de 11 de enero (RJ 2023|800), ha planteado al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 92.7 CC, al poder entrar en contradicción con los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad, 39 CE y 3.1 de la Convención de los derechos del Niño, que, como hemos visto, consagran el principio del interés superior del menor, así como con el art. 8 del CEDH, que recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar, y el art. 24.2.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con el art. 10.2 CE, al impedir el art. 92.7 CC valorar las circunstancias concretas de cada caso y no permitir acordar la opción de la custodia compartida, sin posibilidad de atender al juicio del principio de proporcionalidad o al propio interés superior del menor. Cabe recordar que el art. 92.7 CC afirma que «no procederá» la guarda conjunta en los mismos supuestos que se establece la suspensión del derecho de visita por el art. 94.4 CC, aunque añade, también, cuando se aprecie «la existencia de malos tratos a animales, o a la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas», sin que se explique esta inclusión, y no en el apartado cuarto del art. 94 CC. Y, además, no se incluye la denominada «vía de escape» que sí aparece en el artículo analizado, por lo que no parece permitirse, bajo ningún concepto, la valoración discrecional por parte del juez.

de la condena penal. La SAP de Guadalajara 473/2022, de 20 de diciembre (JUR 2023, 74775), expresa, en un caso de aplicación del apartado 7 del art. 92, y, por lo tanto, de suspensión de la guarda y custodia conjunta, que,

[...] atendiendo a los datos que obran en el procedimiento, las penas impuestas o los periodos de suspensión estarían muy próximas a cumplirse. Por ello, consideramos que, atendido el tiempo transcurrido desde la condena penal y el transcurso próximamente de los plazos de cumplimiento o suspensión de la condena, sin que conste dato alguno en contra, ha de entenderse que el parámetro de «estar incurso» en un proceso penal, que es el presupuesto de la exclusión de contactos que la norma ha fijado, se debilita considerablemente, sin perjuicio de que la realidad del comportamiento declarado probado sea un factor que pueda ser tenido en cuenta a la hora de fijar el régimen de visitas.

En sentido similar, la SAP A Coruña 231/2022, de 12 de septiembre (JUR 2022, 331128), pues considera:

[...] atendido el tiempo transcurrido desde la condena penal y el transcurso aparente de los plazos de cumplimiento o suspensión de las condenas sin que conste dato alguno en contra, ha de entenderse que el impreciso parámetro de «estar incurso» en un proceso penal, que es el presupuesto de la exclusión de contactos que la norma ha fijado, no resulta apreciable en el caso, sin perjuicio de que la realidad del comportamiento declarado probado y la actitud de incumplimiento de las prohibiciones judiciales sean factores que puedan ser tenidos en cuenta a la hora de la decisión que proceda adoptar, que es la perspectiva desde la que propiamente ha sido alegada o tenida en cuenta en el litigio la existencia de estos procedimientos penales.

Por estas razones, aunque el Tribunal Constitucional haya entendido que no se vulnera con esta expresión el principio de seguridad jurídica, sí que creemos que hubiese otorgado una mayor seguridad jurídica la utilización de otros conceptos definidos y explicitados en nuestro ordenamiento jurídico que, de hecho, parecen ocupar el espacio temporal y «judicial» al que el legislador hace referencia, como pueden ser las calificaciones de imputado, investigado<sup>48</sup> o procesado<sup>49</sup>.

La segunda parte del art. 94.4 del CC ya no se refiere a la suspensión del régimen de visitas del progenitor «incurso en un proceso penal iniciado»,

<sup>48</sup> De hecho, el propio Tribunal Supremo, consciente de los inconvenientes de esta expresión, ha aclarado la condición del progenitor, declarando, por ejemplo, que se encuentra «incurso en un proceso penal en condición de investigado». Es el caso de la STS 372/2021, de 31 de mayo (RJ 2021, 2616).

<sup>49</sup> Formula algunas interesantes reflexiones sobre estos conceptos Marchena Gómez (2019: 78 y ss.).

sino de aquel del que «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». Que el recurso de inconstitucionalidad no plantee inconvenientes sobre la expresión «existencia de indicios fundados» no es baladí, pues, precisamente, se requieren, por el art. 384 de la LECrim, para dictar el auto que declare procesada a la persona sobre la que recaigan dichos indicios. En realidad, este precepto menciona «algún indicio racional de criminalidad», pero deben comprenderse como conceptos idénticos, pues estos también deben ser «indicios fundados», como los del art. 94.4 CC. También los precisa el art. 544 *ter* LECrim para que el juez de instrucción dicte órdenes de protección para las víctimas de violencia doméstica.

En este caso, aunque puedan verterse las críticas antes referidas sobre los potenciales automatismos, la expresión utilizada no deja dudas sobre su contenido. Aunque bien es cierto que será el juez el que decidirá cuándo dichos indicios son fundados y suficientes para llevar a cabo tal suspensión<sup>50</sup>.

### **3.4. *Que un juez civil conozca de asuntos penales no vulnera el principio al juez ordinario predeterminado por la ley y respeta lo establecido en la LOPJ***

El art. 9.3 de la LOPJ señala que el conocimiento de las causas y juicios criminales corresponde al orden jurisdiccional penal, exceptuándose los que

---

<sup>50</sup> Refiere Águeda Rodríguez (2016: 316) que, durante la tramitación de un proceso civil, los indicios de existencia de violencia doméstica o de género pueden formarse por diferentes medios, y señala algunos, como son las alegaciones de las partes, testificales, audiencia del menor, informes de las unidades de valoración integral de la violencia de género, informes del Centro de Violencia de la Mujer, etc.; en general, puede servir cualquier medio de prueba o noticia sobre la comisión de uno de estos delitos. Por otro lado, para Vela Sánchez (2022: 107), se puede ser consciente de la existencia de los indicios fundados cuando alguna de las partes aporte testimonio de alguna resolución de un procedimiento penal sobre violencia de género sobre la pareja del agresor. Especifica el autor que esta resolución puede identificarse con cualquier autor que conlleve ese tipo de valoración, declarando indicios racionales de delito, como pueden ser una orden de protección o de prisión provisional, y auto de procesamiento o de conversión en procedimiento abreviado. Además, sí que cree que la mera denuncia pueda ser un elemento de prueba más que debe ser tenido en cuenta por el juez a la hora de valorar la existencia de estos indicios. También lo cree así Múrtula Lafuente (2016: 162 y ss.), quien añade, además, aunque refiriéndose al art. 92.7 CC, que bastaría con que el juez advirtiera la existencia de indicios de violencia doméstica, o de género que pueden extraerse directamente de partes médicos de lesiones, de declaraciones de testigos sobre continuas peleas familiares, de informes del Centro de Violencia de la Mujer, etc.

le pertenezcan a la jurisdicción militar. Puede entonces plantearse que, si es al juez del orden civil al que, al aplicar el apartado cuarto del art. 94 del CC, le corresponde pronunciarse acerca de la existencia de indicios de determinados delitos, la reforma no sólo habría modificado este precepto de la LOPJ y el art. 89 bis 2 del mismo texto legal por medio de una ley ordinaria menoscabando el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE), sino que, además, sería dudoso su respeto al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 CE<sup>51</sup>. En estos mismos términos se plantea en el recurso de inconstitucionalidad.

Es doctrina reiterada por el Tribunal Constitucional que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley garantiza y exige que el órgano judicial sea creado por medio de una norma jurídica, con carácter general y con anterioridad al asunto que deba conocer. El respeto de este derecho requiere la inexistencia de los llamados órganos especiales y excluye la existencia de cualquier modalidad de juez *ad hoc*<sup>52</sup>. Además, la ley a la que se refiere el art. 24.2 CE es la ley en sentido estricto, y su referencia es, por tanto, a la reserva de ley del art. 53.1 CE<sup>53</sup>. Para más aclaración, manifiesta el Tribunal Constitucional en la sentencia que estamos analizando, que, aunque el propio art. 122.1 CE declare que es la LOPJ la que debe determinar la constitución de los juzgados y tribunales, dicha «constitución» se refiere —y, añade, «de modo indudable»— a la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y a la definición genérica de su ámbito de conocimiento, por lo que resulta correcto en términos constitucionales que una ley ordinaria atribuya a un determinado orden jurisdiccional que asuntos debe conocer, como es el supuesto del art. 94.4 CC<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> En este sentido, Ortega Calderón (2021: 12 y ss.) señaló que, si el fundamento de la aplicación del art. 94 CC es la existencia de estos indicios de criminalidad o estar incurso en un proceso penal, quizás hubiese sido más adecuado asumir la decisión que pudiera haber adoptado el juez penal en el seno del proceso, o, si no existiese todavía dicho proceso penal, trasladar la *noticia criminis* al orden penal y suspender el proceso civil hasta que hubiese un pronunciamiento penal.

<sup>52</sup> Esta doctrina constitucional fue previamente declarada en sentencias como STC 199/1987, de 16 de diciembre, STC 204/194, de 11 de julio, y STC 193/1986, de 26 de noviembre.

<sup>53</sup> Desgrana abundantes reflexiones al respecto Díez-Picazo Giménez (1991: 75 y ss.).

<sup>54</sup> El FJ 3 de la STC 224/1993, de 1 de julio, es meridiano a este respecto, por lo que transcribiré textualmente lo allí expresado: «Aunque no existe, en la doctrina, una construcción acabada y pacíficamente aceptada sobre las materias incluidas en el término “constitución” de los Juzgados y Tribunales que el art. 122.1 CE reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta indudable que ese vocablo debe comprender, como mínimo, en lo que aquí interesa, la institución de los diferentes órdenes juris-

El Tribunal Constitucional sostiene que la atribución al juez civil de la valoración de indicios fundados de violencia doméstica o de género no conlleva una asignación de competencias diferente o adicional a las ya contempladas en el orden civil y, por lo tanto, tampoco menoscaba la competencia propia del orden jurisdicción penal. Es cierto que este segundo inciso del art. 94.4 CC no modifica la atribución ni de jurisdicción ni de competencia que diseñó la LOPJ para los juzgados de primera instancia e instrucción, ni para los juzgados de violencia sobre la mujer. Diferente problema es que las potenciales pruebas que se proponen para dirimir la existencia de un delito en un proceso propiamente penal permitan, quizá, conocer con mayor rapidez y efectividad la existencia de dichos indicios que las que puedan llevarse a cabo en un procedimiento civil de separación o divorcio o de simple modificación de medidas, pero ello sólo afecta a la eficacia procesal, y, seguramente, a un sistema judicial ya demasiado desgastado, pero en ningún caso puede impedir que el juez civil considere la realidad de dichos indicios.

En idénticos términos, si se entiende que el art. 94.4 CC no efectúa ninguna atribución competencial al juez de primera instancia distinta de la ya existente, tampoco se va a considerar vulnerado el principio de reserva de ley orgánica, pues no se ve modificada la LOPJ.

Por estos motivos, el Tribunal Constitucional declara que el nuevo apartado cuarto del art. 94 CC tampoco vulnera ni el derecho al juez ordinario

---

dicionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso». Y añade que, «sin perjuicio de la definición de cada uno de los órdenes jurisdiccionales efectuada *in abstracto* por el Legislador orgánico, cabe que el Legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas —Ley Orgánica y Ley ordinaria— que no obsta a la reserva establecida en el art. 122.1 C.E. y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita (*cf.* sobre la admisibilidad de semejante colaboración dispuesta en las Leyes Orgánicas, la STC 137/1986, fundamento jurídico 3.). Por consiguiente, siendo en principio correcto en términos constitucionales que una Ley ordinaria atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la L.O.P.J., la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de aquélla a las previsiones de ésta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el Legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las Leyes Orgánicas (art. 81.2 C.E.), de modo que la Ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica». También podemos ver reflejada esta doctrina en la STC 54/1994, de 21 de septiembre; en la STC 121/2011, de 7 de julio, y en la STC 128/2018, de 29 de noviembre, entre otras.

predeterminado por la ley (art. 24 CE) ni el principio de reserva de ley orgánica (art. 122.1 CE).

Cabe quizá recordar aquí las críticas igualmente proferidas sobre el hecho de que la reforma se llevase a cabo por la Ley 8/2021, y no por la LO 8/2021, más cercana a ella tanto por la materia de la que trata como por las garantías que el trámite legislativo de una ley orgánica otorga, dado el contenido sobre el que versa y su posible impacto en la LOPJ. El Tribunal Constitucional reitera, a lo largo de la sentencia, que el juicio de constitucionalidad, en ningún caso, debe ser un juicio de técnica legislativa. Ahora bien, en mi opinión, que el Alto Tribunal no entre a valorar esta cuestión igualmente estaría confirmando la constitucionalidad de este aspecto de la reforma, no sólo al declarar que el nuevo apartado 4 del art. 94 CC no vulnera ni el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24 CE) ni el principio de reserva de ley orgánica (art. 122 CE), sino, también, porque el trámite legislativo escogido habría sido el correcto.

### 3.5. Voto concurrente

No todos los magistrados estaban conformes con la fundamentación y los argumentos expuestos en la sentencia del Tribunal Constitucional, aunque sí con el fallo definitivo. Frente a ello se formula un voto concurrente de los magistrados María Luisa Balaguer Callejón, Inmaculada Montalbán Huertas y Juan Antonio Xiol Ríos, que consideran que la interpretación constitucional no debe circunscribirse «en términos dicotómicos de constitucionalidad o inconstitucionalidad», y que, al contrario, puede haber más de una interpretación constitucional de una ley y más de una aproximación distinta al juicio de inconstitucionalidad. En concreto, critican el enfoque dado por el pleno a la sentencia, pues la interpretación constitucional se debió hacer desde una perspectiva de género, y no, por tanto, desde la óptica fundamental del principio del interés superior del menor, pues señalan que fue aquel el fundamento del legislador a la hora de modificar el art. 94.4 CC.

Para los magistrados concurrentes, el art. 2 de la Ley 8/2021, que modifica el apartado cuarto del art. 94 CC, tiene su origen en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, sin embargo, critican la invisibilización en el texto de la sentencia de toda referencia a la violencia de género y a la violencia vicaria y que se hayan ignorado las evidentes conexiones materiales entre ambos<sup>55</sup>. Aunque es cierto que la sentencia, al menos, cita dicho pacto de

---

<sup>55</sup> Precisamente el eje cuarto del Pacto de Estado contra la Violencia de Género es «la intensificación de la asistencia y protección de menores», y su medida 204 es «esta-

Estado, creen que no interioriza el sentir feminista que debería haber tenido. Estiman que un análisis de constitucionalidad con perspectiva de género exige analizar tanto el porqué como el cómo de las decisiones que puedan afectar a la relación de poder existente entre un padre y una madre con hijos en común y polarizada con tratos violentos, discrepan de la argumentación empleada por la mayoría de los magistrados, desconocen el contexto de desarrollo legislativo y jurisprudencial en el que se desea llevar a cabo la reforma, rechazan la interpretación literal dada por el tribunal y desmerecen que no se haya puesto de manifiesto la que consideran que era la verdadera finalidad de la reforma: la protección de las madres que pueden sufrir situaciones de violencia vicaria en distinto grado de intensidad a través del trato que tienen padres e hijos.

Sin embargo, aunque no lo expresen, los magistrados parecen discrepar del pleno en algo más que en sus argumentos. La sentencia sostiene que la última parte del art. 94.4 CC concede al juez cierto margen de discreción al permitirle decidir sobre la suspensión o no del régimen de visitas, en función de las circunstancias del caso, pues sólo de este modo se garantiza y respeta el principio del interés superior del menor. Por el contrario, en estos casos, los magistrados discrepantes apuestan por una reducción de esta discreción y apreciación de la autoridad judicial. Se sostiene que una interpretación como la planteada en el voto concurrente basada en una perspectiva de género, y la evolución normativa en materia de violencia de género y doméstica, así como en el respeto al principio de precaución y protección, que también garantiza el principio del interés superior del menor y la preservación de la integridad física y moral de las madres, debe tender, necesariamente, a la imposición progresiva de medidas más restrictivas en las relaciones paternofiliales cuando se den las circunstancias reguladas. También creen que el pleno se equivoca con la perspectiva dada al principio del interés superior del menor en la sentencia, pues no debe enfocarse, en exclusiva, hacia la preservación de las relaciones familiares, y debe primar la protección de los menores de edad ante las graves y perjudiciales consecuencias que para la vida, la integridad física y la moral y para el libre desarrollo de su personalidad derivan de su exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica<sup>56</sup>.

---

blecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004». Además, como expresa Vela Sánchez (2022: 63 y ss.), la violencia de género sobre la pareja afecta también, esencialmente, a los hijos menores del maltratado o violento, lo que puede extraerse de la LOVG.

<sup>56</sup> Esta opinión fue adelantada por Sillero Crovetto (2022: 1634) al considerar que es «imprescindible y urgente» que se comprenda que, en los casos de menores víctimas

Si bien los magistrados declaran que la cuestión es interpretativa, pues creen que «la interpretación realizada por la sentencia no se corresponde con su sentido evidente, aunque este tampoco entre en contradicción con ningún precepto constitucional», una apuesta por la imposición automática de la consecuencia jurídica preceptuada en detrimento de la facultad decisoria del juez es más que una discrepancia en los argumentos que fundamentan la sentencia. Una de las bases de la constitucionalidad del art. 94.4 CC en la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad es el resquicio que el inciso último recoge, al permitir finalmente al juez decidir en resolución motivada sobre la suspensión o no del régimen de visitas, comunicación o estancia. Sin embargo, una interpretación como la declarada en el voto concurrente, más inclinada en el automatismo legal que en la discrecionalidad del juez, podría vulnerar el respeto constitucional declarado no solo al principio del interés superior del menor, al principio de seguridad jurídica o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24 CE, sino, también, al derecho a la presunción de inocencia, o, incluso, al derecho a la igualdad de los progenitores. Al contrario de lo que se extrae del texto de la sentencia, en el voto concurrente la facultad decisoria del juez debe actuar simplemente de manera excepcional, pues la regla general, ante la existencia de un procedimiento penal iniciado contra el progenitor por delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o de indicios fundados de violencia doméstica o de género, debe ser la suspensión del régimen de visitas<sup>57</sup>. Para los magistrados concurrentes, esta es la única interpretación correcta si se atiende al fundamento principal de la reforma, pues entienden que el Pacto de Estado contra la Violencia de Género no contiene dudas a este efecto y encuentra pleno amparo constitucional tanto en el propio art. 39 CE como

---

de violencia de género, mantener las relaciones familiares, lejos de ser una medida que respete el interés superior, choca frontalmente contra su bienestar.

<sup>57</sup> Señalan en el texto del voto concurrente que «la voluntad del legislador, por tanto, no permanece ajena a la protección de la mujer. La conexión de la norma con el Pacto de Estado resulta manifiesta. Y la literalidad de la disposición apunta a la existencia de una regla general, restrictiva de los derechos parentales de quien está incurso en un procedimiento por ejercer violencia machista, que puede admitir excepciones, pero que ha de ser taxativamente aplicada por el órgano judicial», y también «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».

en la protección de los derechos fundamentales a la vida e integridad física y moral de las personas menores de edad del art. 15 CE, y como igualmente en la garantía al libre desarrollo de su personalidad del art. 10 CE.

### 3. CONSIDERACIONES FINALES: EL LEGISLADOR Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, UNA VEZ MÁS, LO COMIDO POR LO SERVIDO

En la elaboración de una reforma legal, pero, sobre todo, en su aplicación, debe analizarse y constatarse su utilidad y efectividad. Resulta de especial importancia alejar a los menores de cualquier tipo de violencia en la que su vida pudiera verse envuelta, así como evitar que se relacionen con los sujetos que perjudiquen su correcto desarrollo físico, emocional y social. Siempre que sea posible y necesario, se debe poner de manifiesto la repugnante lacra que la sociedad vive en materia de violencia de género y familiar, y el legislador debe llevar a cabo su tarea de manera cautelosa y no incurrir en comportamientos ansiosos o impacientes.

Antes de la reforma que ha supuesto la Ley 8/2021, el art. 94.4 CC expresaba que el juez podía limitar o suspender el derecho de visita cuando se diesen «graves circunstancias que lo aconsejasen», por lo que, en mi opinión, la reforma, en este punto, ha modificado poco. Si se comprende que el hecho de «estar 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» o «la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género» pueden tener la condición de «graves circunstancias» que aconsejen la suspensión o limitación del derecho de visita, lo cual es comprensible, puede llegar a inferirse el carácter innecesario de la reforma<sup>58</sup>. La legislación vigente hasta la reforma ya permitía la suspensión del derecho de visita en los casos que

---

<sup>58</sup> De hecho, así lo ha estado haciendo la jurisprudencia. Podemos verlo, por ejemplo, en la SAP de Tenerife de 4 de marzo de 2021 (JUR 2021, 282709), donde se establece un régimen de visitas muy restrictivo por las «graves circunstancias» que se concretan en la comisión de varios delitos de violencia de género y diversos desajustes psicológicos, así como fracasos sociales y laborales asociados al consumo de drogas, que posteriormente confirma la STS 625/2022, de 26 de septiembre (RJ 2022, 3742), tras analizar todas las circunstancias del caso y en el que el interés preferente del menor lleva a no seguir manteniendo el régimen de visitas con su padre. También en la SAP de Murcia 235/2016, de 14 de abril (AC 2016, 1309), que considera «graves circunstancias», precisamente, la existencia de malos tratos psicológicos habituales en el contexto de violencia de género de un progenitor a otro y violencia física directa e indirecta por el clima de violencia a las hijas menores. Y, evidentemente, aunque se trate de sentencias penales, cuando las «graves circunstancias» ha sido el asesinato de un progenitor

el nuevo art. 94.4 CC concreta, por lo que, si la interpretación que deseaba el legislador es la dada por el Tribunal Constitucional en la sentencia analizada, poco parece haber cambiado la regulación. Sí hubiese existido un cambio real si el deseo del legislador hubiese sido su inclinación por la suspensión «automática» en las condiciones planteadas en el voto concurrente, en detrimento entonces de la facultad discrecional del juez y, probablemente, de su función jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional ha debido elegir en esta disyuntiva, y, aunque no lo ponga de manifiesto, al apostar por una exégesis constitucional que no pone en duda la labor judicial, también ha optado por una interpretación que en poco o nada cambia la regulación anterior, más que para especificarla y concretarla. Y menor sentido tiene esta interpretación, cuando, de hecho, el actual art. 94, en su apartado 3, mantiene esta regulación, pues permite que esta misma suspensión o limitación del derecho de visita se produzca «si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen»<sup>59</sup>. Por lo que

---

a manos del otro, como es el caso de la SAP de Baleares 142/2011, de 1 de diciembre (ARP 2011, 1464).

En sentido contrario, sino existe riesgo para los menores por no haber indicios de maltrato, no procede la suspensión del régimen de visitas, como expresa la SAP de Guadalajara 255/2013, de 27 de noviembre (JUR 2014, 9837).

Aunque existen otras donde parecen no considerar estas como «graves», por ejemplo, la SAP de Guadalajara 97/2015, de 9 de junio (JUR 2015, 180772), donde, aunque existía denuncia, pero no sentencia condenatoria, se mantiene un derecho de visitas sin pernocta. O la SAP de Córdoba 534/2018, de 17 de julio (JUR 2018, 287398), en la que, pese a existir condenas por delito de violencia doméstica habitual, delito de amenazas leves y delito de vejaciones leves de un progenitor frente a otro, declara el tribunal que «no pueden linealmente trasladarse con los pretendidos efectos restrictivos del régimen de visitas». Además, añade expresamente que «la restricción del régimen de visitas requiere de una acreditada realidad que objetiva y racionalmente se revele con virtualidad suficiente para representar un perjuicio para el menor. En definitiva, aunque bien es cierto que los casos que hoy aparecen concretados en el art. 94.4 CC se solían tener en cuenta para la suspensión del régimen de visitas, debían analizarse con todas las circunstancias del caso y sólo suspenderlas en aquellos supuestos verdaderamente riesgosos. Aunque igual de cierto es que el concepto de «graves circunstancias» no se circunscribe exclusivamente a ellas, pues existen sentencias donde también se suspende el régimen de visitas por tener el progenitor problemas psiquiátricos, como en la SAP de Málaga 374/2017, de 21 de abril, o por ser politoxicómano, como el caso de la SAP de A Coruña 7/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 65430).

<sup>59</sup> Nótese que el precepto ya no utiliza el adjetivo «grave», sino que ahora habla de «circunstancias *relevantes*». Para Ortega Calderón (2021: 7), esta modificación va a generar una elevada indefinición jurídica. El autor cree que, si el legislador ha distinguido estas

debe plantearse, incluso, si el apartado cuarto del art. 94 CC no es un mero desarrollo o concreción del propio apartado anterior.

Es igualmente cierto que el legislador, como resquicio final, permite esa facultad al juez que hemos identificado previamente como «vía de escape», y que posibilita establecer o restaurar el régimen de visitas, estancia o comunicación siempre que se haga por resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar. Como hemos visto, también el Tribunal Constitucional ha basado gran parte de su planteamiento en este último inciso del art. 94.4 CC para desestimar el recurso de inconstitucionalidad<sup>60</sup>. Ahora bien, aunque esta posibilidad restablecedora se haya recogido expresamente en la regulación, se hace desde una perspectiva equivocada, pues se prima la suspensión y la facultad del juez es excepcional. Probablemente este sea el verdadero cambio que introduce la reforma. El juez ya no deberá motivar la suspensión, sino que, al contrario, tendrá que motivar que se establezca o mantenga el derecho de visita. Ahora bien, esto sólo será así en los supuestos que el propio art. 94. 4 CC establece, pues si los delitos sobre los que un progenitor está incurso en el proceso penal, o sobre los que existen indicios de su existencia, son otros, o, en definitiva, existen otras «circunstancias relevantes», la motivación del juez deberá ir dirigida a la suspensión o limitación

---

«circunstancias relevantes» de las que establece el propio art. 94.4 CC, es porque no pueden fundarse, precisamente, ni en la pendencia de un proceso penal ni en el incumplimiento grave o reiterado. Si la jurisprudencia reiterada anterior a la reforma se refería a estas circunstancias como «graves», y el legislador ha modificado este término, debe entenderse que dicho cambio responde a algún fundamento más allá del meramente formal. Como señala, si el término «grave», hasta la reforma, incluía, precisamente, los casos en los que un progenitor estaba incurso en un proceso penal y generaba grandes dificultades en su aplicación práctica para reconducirlo a supuestos diferentes a los establecidos concretamente en la regulación, ahora, calificar como relevantes las circunstancias que pueden amparar esta decisión tan relevante, y, a la vez, potencialmente gravosa para el interés superior del menor aumenta considerablemente esas dificultades. Expresamente afirma que la regulación «camina hacia una opción eminentemente práctica, tal vez como cajón residual en el que ubicar la solución a los supuestos no acogidos en las demás hipótesis, por muy difícilmente imaginables que nos resulten para una decisión de tal calado». Aunque sobre la regulación anterior Ordás Alonso (2019: 189) define como acierto que no se especifique concretamente qué debe entenderse por «graves circunstancias», pues no hay supuestos iguales y un determinado hecho tendrá un concreto reflejo en función de los factores que le afecten.

<sup>60</sup> Esta facultad no aparece en el apartado 7 del art. 92, por lo que el Tribunal Constitucional se podría encontrar con abundantes dudas a la hora de justificar la constitucionalidad del precepto.

del régimen de visitas, estancia y comunicación. Sin embargo, es precisamente esta posición la que me genera más que dudas sobre si la interpretación dada por el Tribunal Constitucional era la deseada por el legislador. Más, si cabe, cuando seis días antes de la sentencia analizada en este trabajo se publicó en el BOE la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que, entre otras cuestiones, modifica el art. 66 de la LOVG, y, en virtud del cual, el juez ya no «podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él»<sup>61</sup>, sino que la «ordenará».

A pesar de ello, el debido respeto al principio del interés superior del menor se debería focalizar en una motivación necesaria a la limitación o para la suspensión del régimen de visitas y no para su mantenimiento, al contrario de lo que ahora parece expresar nuestro ordenamiento jurídico. Es esencial que el menor desarrolle su vida libre de cualquier tipo de violencia, pero es, al menos cuestionable, si esta es patente con el inicio de un proceso penal, más todavía, si la suspensión del derecho de visitas debe llevarse a cabo de manera automática. El juez no tendría que argumentar por qué se le establece al menor un régimen de visitas, sino por qué se le impide relacionarse, visitar o comunicar con sus progenitores. Este punto de vista se hace más patente con el art. 160 del CC, que mantiene el derecho a relacionarse con sus progenitores «aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial», poniendo el énfasis en la facultad decisoria del juez para limitar ese derecho a relacionarse<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Precepto sobre el que también puede ser criticado el uso del concepto «inculcado», pues hubiese sido más correcto utilizar el término «procesado». La diferencia entre este artículo y el art. 94. 4 CC, sobre la misma materia, también es patente, pues en la materia específica de violencia de género se requiere estar procesado, mientras que, de acuerdo con el Código Civil, basta con los meros indicios.

<sup>62</sup> Si bien es cierto que la segunda parte del art. 160. 1 CC es más acorde con la perspectiva del art. 94.4 CC, al permitir ciertas visitas del menor con sus progenitores, aunque estos se encuentren en un centro penitenciario, siempre que el interés superior del menor lo recomiende. Más allá de la compatibilidad de ambos preceptos, pues la estancia de un progenitor en una prisión justifica con creces la existencia de —más que— indicios de violencia de género o doméstica, y podría recaer en el espacio temporal en el que se considere «estar incurso en un proceso penal iniciado», la motivación del juez, al igual que en el art. 94.4 CC, debe darse para la justificación de la visita, no para su «exclusión».

Diferente es la contradicción que puede suponer con el propio Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en el que señalan los magistrados concurrentes que se fundamenta la reforma dada. Al no diferenciar el art. 160 CC los delitos por los que los

El interés superior del menor debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Para ello, la autoridad judicial, en su decisión, debe poder analizar y atender al estado y situación completa del menor y hacer una valoración específica de las posibles vicisitudes de la relación con sus progenitores<sup>63</sup>. Debe evaluar la existencia de elementos de prueba que puedan justificar el peligro y las graves o «relevantes» circunstancias a la que se pueda someter, y, sólo en esos casos, en los que el inicio o el mantenimiento del derecho de visita, estancia y comunicación vayan a suponer un verdadero riesgo<sup>64</sup> para el menor, se deberá suspender o limitar.

---

progenitores han quedado privados de libertad, debe considerarse que también son posibles estas visitas, aun cuando estos hayan sido condenados por delitos de violencia de género o doméstica, lo que, a pesar de las conclusiones dadas en el voto concurrente, iría en contra de la medida 205 del citado Pacto de Estado, que pretende prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género.

<sup>63</sup> Como ya expresó el Tribunal Supremo en su Sentencia 720/2002, de 9 de julio (RJ 2002, 5905), «el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas en el tiempo, que resultan difíciles de recuperar, debiendo ceder tan solo en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor».

<sup>64</sup> La STS 680/2015, de 26 de noviembre (RJ 2015, 5624), estableció como doctrina jurisprudencial, precisamente, que el juez podía suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato a su cónyuge o su pareja y por delito de maltrato con el menor o con otros de los hijos, siempre que se valorasen los factores de riesgo existentes. Podría pensarse que esta sentencia fue el germen de la posterior reforma que ahora tratamos, pero debe descartarse, pues, como señalamos, requiere de la valoración de los concretos factores de riesgo existentes, y, además, se hizo referencia a «podrá», alejándose, por tanto, de cualquier acercamiento a un automatismo legal. *Vid.* también STS 47/2015, de 13 de febrero (RJ 2015, 681). Y, en el Tribunal Constitucional, STC 71/2004, de 19 de abril, o STC 99/2019, de 18 de julio, donde se apuesta por evitar a los menores la exposición a situaciones de riesgo. Explica la ya mencionada STC 176/2008, de 22 de diciembre, que «cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor», sino que basta con la existencia de «un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse». Igualmente, lo expresa de manera muy clara la SAP de Valencia 917/2016, de 12 de diciembre: «[...] la limitación o restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, solo deben adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil), que resulten debida-

De esta manera, se protege al menor en los casos en los que el ejercicio del régimen de visitas con ese concreto progenitor pueda resultar tremendamente perjudicial, pero, también, salvaguarda su derecho a relacionarse cuando sea necesario, intentando evitar no sólo los posibles daños que dicho régimen de visitas pudiera generar en estas circunstancias riesgosas, sino, también, aquellos perjuicios irreparables que en ambos pueda provocar la distancia y la falta de relación.

### **Bibliografía**

- Acuña San Martín, M. (2014). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Madrid: Dykinson.
- Águeda Rodríguez, R. M. (2016). *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*. Sevilla: Hispalex.
- Ayllón García, J. D. (2022). Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Revista Boliviana de Derecho*, 34, 96-117.
- Berrocal Lanzarot, A. I. (2005). Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre. *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 11-112.
- (2023). El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias. En especial, en los casos de violencia de género y violencia vicaria. *Revista Crítica de Inmobiliarios*, 796, 1039-1152.
- Calzadilla Medina, M.<sup>a</sup> A. (2021). La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del art. 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En M.<sup>a</sup> A. Calzadilla Medina (dir.) y C. Hernández López (coord.). *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia* (pp. 193-228). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Carbajo González, J. (2000). El derecho de relación con parientes y allegados del art. 160 del Código Civil. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 4, 1502-1512.

---

mente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo».

Es precisamente en la «situación objetiva de riesgo» en la que debe basarse el juez de instrucción, de acuerdo con el art. 544 *ter* de la LECrim, para dictar una orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal.

- Castilla Barea, M. y Cabezuelo Arenas, A. L. (2011). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.). *Tratado de derecho de familia*, vol. 2. (pp. 381- 608). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Chaparro Matamoros, P. (2015). El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 195-212.
- Colás Escandón, A. M. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derechos de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, Ley 42/2003, 21 de noviembre. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado jurisdiccionalmente, 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*, 29, 133-185.
- Cruz Gallardo, B. (2012). *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Madrid: La Ley.
- De Torres Perea, J. M. (2001). El art. 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 4, 1347-1359.
- (2009). *Interés del menor y derecho de familia*. Madrid: Iustel.
- Díaz Alabart, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes allegados. *Revista de Derecho Privado*, 86, 613-648.
- Díez-Picazo Giménez, I. (1991). El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 31, 75-124.
- Febles Yanes, E. M. (2012). La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género y en la violencia doméstica. *La Ley*, 7786, 1-14.
- García Cantero, G. (2004). *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*. Madrid: Cívitas.
- García Rubio, M. P. (2009). El marco civil en la violencia de género. En M. de Hoyos Sancho (dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (pp. 153-182). Valladolid: Lex Nova.
- Gaya Sicilia, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. *Anuario de Derecho Civil*, 1, 91-114.
- González Collantes, T. (2020). Violencia de género o violencia contra la mujer: Un debate sobre el concepto con consecuencias en la aplicación de los tipos específicos. En A. Valiño Ves y A. Rodríguez Álvarez (coords.) y R. Castillejo Manzanares y C. Alonso Salgado (dirs.). *El género y el sistema de (in)justicia* (pp. 85-94). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gracia Ibáñez, J. (2012). El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, 10, 105-122. Disponible en: <https://doi.org/10.18172/redu.4106>.
- Guilarte-Martín Calero, C. (2014). Patria potestad y violencia de género. En F. J. Jiménez Muñoz (coord.) y C. Lasarte Álvarez (dir.). *Congreso Instituto de Desa-*

- rrollo y Análisis del Derecho de Familia en España 2011* (vol. 1), (pp. 109-144). España: Tecnos.
- Iglesias Martín, C. R. (2018). El derecho de estancia y comunicación de los menores en las crisis matrimoniales. Especial referencia en las situaciones de custodia compartida. *Aranzadi civil-mercantil*, 7, 43-62.
- López de la Cruz, L. (2023). Comentario al art. 94. En A. Cañizares Laso (dir.). *Comentarios al Código civil. Tomo I* (pp. 963-966). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Magro Servet, V. (2005). *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*. Madrid: La Ley.
- (2021). La suspensión o no adopción, del régimen de visitas y la Ley de Protección de la Infancia. *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, 9, 46-47.
- Marchena Gómez, M. (2019). Imputado, investigado, procesado: distintas formas de estar empapelado. *Archiletras: Revista de Lengua y Letras*, 2, 78-79.
- Marín López, M. J. (2021). Comentario al art. 94 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil* (pp. 238-240). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- 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*, 9583, 1-19. Disponible en: <https://doi.org/10.35383/ius.v1i2.276>.
- Martínez de Aguirre, C. (2016). Régimen común a la nulidad, separación y divorcio. En C. Martínez de Aguirre (dir.). *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (pp. 187-222). Madrid: Edisofer.
- Montero Aroca, J. (2002). *El derecho de visita en los procesos matrimoniales. Aplicación práctica del art. 94 del Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Múrtula Lafuente, V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Madrid: Dykinson.
- Ordás Alonso, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*. España: Wolters Kluwer.
- Ortega Calderón, J. L. (2021). Suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del art. 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 junio. *Diario La Ley*, 9892, 1-14.
- Pardillo Hernández, A. (2006). Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia de género: novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. *Actualidad Civil*, 6, 674-681.
- Peral López, M. C. (2017). Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas. *Actualidad Civil*, 7-8, 16-28.
- Planchadell Gargallo, A. (2021). Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 63, 193-206.
- Rivero Hernández, F. (1997). *El Derecho de visita*. Barcelona: J. M. Bosch.
- (2000). Comentario al art. 94 del Código Civil. En J. Rams Albesa (coord.). *Comentarios al Código Civil. Tomo II*. Barcelona: J. M. Bosch.

- (2010). Doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre interferencias parentales tras la ruptura de pareja. En F. Fariña, R. Arce, M. Novo y D. Seijo (coords.). *Separación y divorcio: interferencias parentales* (pp. 21-55). Santiago de Compostela: NINO-Centro de Impresión Dixital.
- Roca Trías, E. (1984). Comentario al art. 94. *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1 (pp. 592-598). Madrid: Tecnos.
- San Román Moreno, J. R. (1982) Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visita en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar. En O. Viladrich y P. J. Bataller (dirs.). *El derecho de visita. Teoría y praxis* (pp. 277-305). Pamplona: EUNSA.
- Serrano Alonso, E. (2000). Comentario al art. 160. En I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.). *Comentario del Código Civil. Tomo II* (pp. 449-451). Barcelona: Bosch.
- Sillero Crovetto, B. (2022). Régimen de estancias, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis, 1622-1651.
- Ureña Martínez, M. (2011). La violencia de género en el Derecho de Familia. En S. de la Sierra y J. C. Ortiz (coords.). *El derecho y la economía ante las mujeres y la igualdad de género* (pp. 99-116). España: Lex Nova
- Vela Sánchez, A. J. (2014). *Violencia de género en la pareja y daño moral*. Granada: Comares.
- (2022). *Las consecuencias civiles de la violencia de género. Estudio doctrinal y jurisprudencial*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Verdera Izquierdo, B. (2002). Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 7, 1569-1577.
- (2019). *La actual configuración jurídica del interés del menor*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2011). Comentario al art. 160. Derecho a relacionarse con el menor. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.). *Código Civil comentado*, vol. 1 (pp. 793-797). España: Civitas Thomson Reuters.