



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho de Familia

Curso 2021/2022

**EL RÉGIMEN DE VISITAS EN CASOS
DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LA
LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO**

María Parralo Pitel

Tutora: María Nieves Martínez Rodríguez

Junio

2022

TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
Departamento de Derecho Privado
Derecho de Familia

EL RÉGIMEN DE VISITAS EN CASOS
DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LA LEY
8/2021 DE 2 DE JUNIO

VISITATION REGIME IN GENDER-
BASED VIOLENCE CASES: THE 2TH OF
JUNE 8/2021 ACT

María Parralo Pitel

mariap999@usal.es

Tutora: María Nieves Martínez Rodríguez

RESUMEN

En toda crisis matrimonial en la que intervengan hijos menores de edad es necesario configurar un régimen de visitas para que el progenitor no custodio pueda pasar tiempo con sus hijos. Las visitas son, por una parte, un derecho del hijo, y por otra, un deber del progenitor. Sin embargo, hay ciertas circunstancias que pueden dar lugar a una limitación o suspensión de este régimen, en especial aquellas que perjudiquen al interés superior del menor. Y una de ellas es la violencia de género. Durante años no se ha considerado al menor como víctima de este tipo de violencia, pero esto ha cambiado y ya se le reconoce como víctima directa de la misma. El último paso en esta dirección es la Ley 8/2021 de 2 de junio, cuyo objetivo es aumentar la protección del menor contra la violencia y que establece la suspensión del régimen de visitas en casos de violencia de género y violencia doméstica.

PALABRAS CLAVE: crisis matrimonial, régimen de visitas, interés superior del menor, violencia de género, violencia doméstica.

ABSTRACT

In every marital crisis in which children minors are involved, it is necessary to establish a visitation regime where the parent can spend more time with their children. These visits are, on the one hand, the child's right, and on the other hand, a right and an obligation for the parent. However, there are certain circumstances that may lead to a limitation or even a suspension of this regime, especially those that damage the best interest of the child. One of these is gender-based violence. For years, minors have not been considered victims of this type of violence, but this has changed and now they are recognized as its direct victim. The latest step in this direction is the 2th of June 8/2021 Act, which aims to increase the protection of minors against violence and establishes the suspension of visitation regimes in cases of gender-based violence and domestic violence.

KEYWORDS: marital crisis, visitation regime, best interest of the child, gender-based violence, domestic violence.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. MARCO TEÓRICO.....	7
2.1 Concepto general, marco normativo y finalidad.....	7
2.2 Terminología y origen.....	8
2.3 Forma en la que se decide el régimen.....	9
2.4 Negativa del hijo a relacionarse con el progenitor.....	10
2.4.1 Valor de la opinión del hijo.....	10
2.4.2 Síndrome de Alineación Parental (SAP).....	12
2.5 Régimen ordinario.....	14
2.6 Régimen extraordinario.....	15
2.6.1 Progenitor residente en el extranjero.....	15
2.6.2 Trabajo en fines de semana.....	16
2.6.3 Enfermedad de los hijos.....	16
2.6.4 Cambio de domicilio del progenitor custodio.....	16
2.7 Régimen de visitas con los abuelos.....	17
3. RÉGIMEN DE VISITAS ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 8/2021..	18
3.1 Suspensión o limitación por graves circunstancias.....	18
3.1.1 Grave adicción.....	18
3.1.2 Enfermedad contagiosa.....	19
3.1.3 Falta de relación paterno-filial.....	19
3.1.4 Violencia de género.....	20
3.2 Suspensión o limitación por incumplimiento de deberes.....	21
3.2.1 Incumplimiento del progenitor no custodio.....	21
3.2.2 Incumplimiento del progenitor custodio.....	22
3.3 Suspensión y limitación como facultad discrecional del juez.....	22
4. DESARROLLO Y EVOLUCIÓN: CAUSAS QUE MOTIVARON LA REFORMA.....	23
4.1 Concepto de violencia de género.....	23
4.1.1 Diferencias entre violencia doméstica y violencia de género.....	23
4.1.2 Violencia de género como problema social.....	26
4.1.3 Primeros instrumentos normativos al respecto.....	27
4.2 Interés del menor.....	28

4.2.1	El interés del menor: un concepto casuístico indeterminado.....	28
4.2.2	Falta de protección de los menores contra la violencia de género.....	29
4.2.3	Los menores como víctimas directas de la violencia de género.....	30
4.3	Evolución jurisprudencial.....	33
4.3.1	Indicios de violencia de género.....	33
4.3.2	Progenitor procesado o imputado.....	34
4.3.3	Progenitor condenado.....	35
5.	RÉGIMEN DE VISITAS TRAS LA LEY 8/2021.....	39
5.1	Rasgos generales de la ley.....	39
5.2	Reformas introducidas en el artículo 94 CC.....	39
5.2.1	Suspensión con excepción.....	41
5.2.2	Suspensión sin excepción.....	43
6.	CONCLUSIONES.....	44
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	47

1. INTRODUCCIÓN:

El régimen de visitas es una de las medidas sobre las que es obligatorio pronunciarse en los procesos de crisis matrimonial en los que la pareja tiene hijos menores de edad. Su objetivo es, en cierto modo, paliar las consecuencias que tiene en los hijos el cambio de situación familiar que deriva de toda crisis matrimonial. El régimen de visitas permite al progenitor seguir en contacto con su hijo y tenerlo en su compañía durante un periodo de tiempo determinado. Sin duda, es un derecho de los progenitores, pero también es un deber que tendrán que cumplir diligentemente. Por otro lado, es un derecho de los hijos ligado al libre desarrollo de su personalidad. Como tal, si este régimen de visitas les perjudica, será necesario limitarlo o suspenderlo.

Claros ejemplos de situaciones que les pueden dañar son la violencia de género y la violencia doméstica. Hace unos años, incluso en estos casos se seguía manteniendo el régimen de visitas porque se consideraba que solo afectaban al menor de manera indirecta y que por ello debía primar el mantenimiento de las relaciones paternofiliales. Sin embargo, la nueva Ley 8/2021 de 2 de junio ha introducido una modificación en el artículo 94 del Código Civil que establece la suspensión por defecto del régimen de visitas en casos de violencia intrafamiliar.

El principal objetivo de este trabajo es analizar los antecedentes de dicha reforma, con especial incidencia en la jurisprudencia, que es la que a lo largo de los años ha ido adaptando el derecho de visitas al que consideraban que era el interés superior del menor en cada caso. Sin embargo, también se han utilizado obras doctrinales, encuestas realizadas por organismos oficiales y diversos estudios.

Este análisis se dividirá en cuatro secciones principales. En la primera se explicará el concepto de régimen de visitas y el impacto que tiene en el mismo la negativa del hijo a relacionarse con el progenitor. Por otra parte, en el segundo apartado se mostrará el régimen de visitas anterior a la reforma, en especial las causas que daban lugar a su limitación y suspensión. Seguidamente, en el tercer punto se estudiará cómo el menor ha pasado de ser considerado víctima indirecta a víctima directa de la violencia de género. Asimismo, se expondrá la evolución de la jurisprudencia en casos de violencia de género. Por último, en la cuarta sección se hará un breve análisis de la última reforma del artículo 94 del Código Civil.

2. MARCO TEÓRICO

2.1 Concepto general, marco normativo y finalidad

El régimen de visitas es una medida que se adopta en relación con los hijos en el contexto de las crisis matrimoniales (separación, nulidad o divorcio) y de los procesos de adopción. En estos procesos se puede atribuir la guarda y custodia de los hijos a uno o a ambos progenitores, lo que supone la convivencia con ellos y su cuidado diario.

Esta figura encuentra su fundamento principal en el artículo 92.1 del Código Civil, que indica que la nulidad, la separación y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones con sus hijos. Además, se enmarca dentro del mandato constitucional del artículo 39 CE de protección integral de los hijos, de la familia y especialmente del deber de asistencia de los padres a sus hijos. Asimismo, el artículo 154 del Código Civil enuncia lo siguiente: “La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (...).”

Por todo ello, podemos decir que régimen de visitas no solo se trata de un derecho del progenitor no custodio, sino que también es un deber que se basa en el derecho del hijo a seguir manteniendo contacto o comunicándose con él. El propio Tribunal Supremo reconoce este carácter de derecho-deber cuando dice: “La relación de los padres con los hijos que no estén confiados a su cuidado debe ser considerada como un derecho y a la vez como un deber de aquéllos en la que adquiere una especial relevancia el interés del menor”.¹

Es importante destacar que este régimen de visitas se enmarca dentro del derecho de los hijos a mantener sus relaciones personales. Éste forma parte del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE), y contribuye a que el menor se forme como persona y a que tenga un equilibrio psíquico y afectivo. En cierto modo, trata de no agravar las consecuencias de las crisis matrimoniales a los niños, que irremediablemente se verán afectados por ellas. En la sentencia 19/2012 del 16 de enero de 2012, la Audiencia

¹ STS de 26 de diciembre de 2002.

Provincial de Tenerife señaló la verdadera naturaleza de este régimen de visitas: “cuyo adecuado cumplimiento no tiene solo por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado”.²

Por otro lado, también se puede establecer un régimen de visitas en casos de custodia compartida para los periodos de no convivencia. En este caso, el derecho de visitas cumple una función reparadora que permite mantener los lazos afectivos del menor con ambos progenitores.

Como ya he mencionado, se trata de una obligación o deber irrenunciable e imprescriptible para el progenitor que deriva de la patria potestad y que consiste en relacionarse y comunicarse con su hijo. A pesar de que el progenitor en ocasiones no ostente la guarda y custodia exclusiva de sus hijos, sigue teniendo la obligación de velar por ellos, alimentarlos, educarlos y cuidarlos. De hecho, el régimen de visitas puede incluso persistir en casos de privación de la patria potestad, conclusión que extraemos del artículo 160 del Código Civil: “los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad”.

Por ello, podemos afirmar que las crisis matrimoniales no derivan en un fin de los derechos y deberes de los padres con sus hijos, si bien es cierto que dificultan la forma en la que se ejercitan los mismos. Así pues, se deben articular una serie de normas que regulen esta situación tras la separación, el divorcio o la nulidad. Y dentro de estas normas se encuentran las relativas al régimen de visitas, a la guarda y custodia o a los alimentos, entre otras.

El régimen de visitas se encuentra regulado en el artículo 94 del Código Civil, que ha sido recientemente modificado a raíz del mandato incluido en el artículo 2.10 de la Ley Orgánica 8/2021, de 2 de junio, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021. Esta reforma será el principal objeto de estudio del presente trabajo.

2.2 Terminología y origen

La doctrina ha debatido ampliamente sobre la cuestión terminológica que plantea esta figura. Aunque se suelen usar las expresiones “régimen de visitas” o “régimen de

² SAP de Tenerife (Sección 1ª) 19/2012, de 16 de enero.

comunicación y visitas”, muchos apuntan que resultan insuficientes para abarcar la amplitud de esta figura jurídica³. El origen de término “visita” surge de una sentencia de la *Cour de Cassation* francesa del 8 de julio de 1857 que dio por primera vez la posibilidad a unos abuelos de ver y visitar a su nieto en la residencia habitual de éste. A raíz de esta sentencia ya se comenzó a hablar del derecho de visitas, y luego se fue extendiendo al resto del mundo a través del derecho comparado. Hoy en día podríamos usar términos más adecuados como “derecho de comunicación” o “derecho de relaciones personales”. La mayoría de la doctrina considera más adecuado este último término por ser más amplio.⁴ Sin embargo, en este trabajo utilizaré “régimen de visitas” para referirme al régimen de “estancias, comunicaciones y visitas”.

Por otro lado, es necesario diferenciar algunos conceptos. La expresión “visita” se refiere a la posibilidad de ver a los hijos un par de tardes a la semana desde que salen del colegio hasta que vuelven al domicilio del progenitor custodio. Por otra parte, “estancia” hace alusión a un periodo más largo de tiempo, que incluye pernoctas, como los fines de semana o las vacaciones. Finalmente, el término “comunicación” implica el hecho de estar en contacto con los hijos a través de cualquier medio, como el teléfono, internet o el correo electrónico.

2.3 Forma en la que se decide el régimen

En lo relativo a la forma en que se toman estas medidas, si los padres optan por la vía del convenio regulador, deben realizar pactos sobre el régimen de visitas u otras previsiones en relación con sus hijos (artículo 90 CC). Este convenio es el que se adopta en el marco de los procedimientos consensuales de nulidad, separación y divorcio, en los que los progenitores están obligados a adjuntar una propuesta de convenio junto con la demanda. El acuerdo entre los progenitores normalmente es beneficioso para sus hijos, ya que no hay nadie que conozca mejor la situación familiar que ellos. Sin embargo, este pacto debe ser siempre aprobado por el juez, quien velará en todo caso por el interés superior del menor.

³ RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El derecho de visita*, J.M. Bosch Editor, S.L, Barcelona, 1997, p. 21.

⁴ En este sentido encontramos: BERROCAL LANZAROT, A.I, “Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Anuario de derechos humanos* núm. 6, 2005, p. 47 o CHAPARRO MATAMOROS, P, “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 210.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado puramente casuístico que trata de buscar el máximo beneficio de los hijos menores de edad. La palabra superior indica que, si choca con otro tipo de intereses, prevalecerá el de los menores. Es una figura sumamente importante que siempre se debe tener en cuenta a la hora de tomar decisiones relativas a los hijos. De hecho, si el juez aprueba el convenio regulador propuesto por los progenitores, el Ministerio Fiscal podrá interponer un recurso si considera que el mismo va en contra del interés superior del menor.

Aunque, como hemos dicho, el pacto entre cónyuges es normalmente lo idóneo, no siempre es posible. Por ello, en defecto de pacto, el juez será quien decida la forma de organizar las comunicaciones y visitas de los padres con sus hijos. De nuevo, deberá atender al interés del menor y escuchar su opinión siempre que sea mayor de 12 años, aunque ésta no es vinculante.

2.4 Negativa del hijo a relacionarse con el progenitor

Hay ocasiones en las que el menor no quiere mantener el contacto con uno de los progenitores, normalmente con el no custodio. Esta oposición se puede manifestar en tres ocasiones diferentes: en el proceso declarativo en el que se fije el régimen de comunicación y visitas, en el proceso de modificación de estas medidas o en el proceso de ejecución de las mismas si el menor o su representante no quieren cumplirlas.⁵

Aquí encontramos dos intereses contradictorios: el del menor que no quiere ver a su progenitor, y el del progenitor, que sí quiere hacerlo.

2.4.1 Valor de la opinión del hijo

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, indica que “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en

⁵ ARNAU MOYA, F, “Oposición sin causa de los menores al régimen de visitas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 3.

cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.” Este artículo principalmente reconoce el derecho de los menores a ser oídos en procedimientos que les afecten, como el que establece un determinado régimen de visitas de este menor con sus padres. Asimismo, este derecho a ser oídos se recoge en el artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño y en el artículo 770.4 de la LEC, pero este último hace algunas matizaciones: “podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad.” Por ello, en principio, los jueces tienen la obligación de escuchar a los menores que tengan 12 años o más. Sin embargo, el Tribunal Supremo indicó en la STS de 10 de julio de 2015 que es válido que el juez decida de forma motivada no admitir o no practicar la exploración del menor si lo considera adecuado teniendo en cuenta su situación concreta.

A pesar de este pronunciamiento del Tribunal Supremo, el artículo 11 de la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia reconoce el derecho de los menores a ser escuchados. Según este artículo, este derecho, enmarcado dentro de los casos relacionados con la violencia, solo se puede restringir de forma motivada cuando sea contrario al interés superior del menor.

Dicho esto, aunque el menor tenga derecho a ser oído, su opinión no va a ser vinculante siempre porque a veces no coincide con su interés superior⁶, que es en definitiva lo que se pretende salvaguardar. La oposición del menor al régimen de visitas se puede dar por diferentes motivos, como por incomodidad, por capricho o incluso porque se avergüenza del progenitor visitante. Ante estas causas injustificadas no se puede atender exclusivamente a su voluntad, ya que puede que su interés sea contrario a su voluntad. Sin embargo, tampoco sería conveniente obligar al menor a convivir o visitar al progenitor con el que no quiere estar. En el fundamento de derecho cuarto de la SAP de Albacete 292/1993 de 1 de marzo se sigue este mismo razonamiento: “Indudablemente, los hijos, cuando ya han alcanzado una edad que les permite un cierto grado de discernimiento intelectual, nunca pueden ser obligados contra su voluntad a someterse a un régimen rigorista de convivencia con cualquiera de sus progenitores, porque ello

⁶ En la STS de 11 de abril de 2018, una menor de 12 años manifestó que quería permanecer con su madre y su abuela, pero el Tribunal Supremo acabó concediéndole al padre la guardia y custodia por considerar que así se protegía el interés del menor, ya que la convivencia con la madre resultaba perjudicial para la hija.

produciría efectos contrarios a los pretendidos por la Ley de obtener un mejor grado de compenetración y mejora de las relaciones afectivas (...). En estos casos sería recomendable flexibilizar el régimen de visitas y ofrecer oportunidades para que estos menores voluntariamente accedan a tener visitas con sus progenitores.

A modo de conclusión, la opinión del hijo respecto al régimen de visitas nunca será vinculante para el juez. A pesar de ello, el peso de su opinión en la determinación de estas visitas dependerá en gran medida de su edad o madurez; o de la razón que cause su oposición. Especialmente en casos de menores con cierta edad, la mayoría coincide en que no es aconsejable la imposición de un régimen. A pesar de ello, otros optan por restringir el derecho de visitas o por establecer medidas de acercamiento progresivo para intentar restablecer la relación entre el hijo y el progenitor no custodio. En todos estos casos hay dos intereses contrapuestos, pero en última instancia deberá primar el del menor al ser interés superior.⁷

2.4.2 Síndrome de Alineación Parental (SAP)

En los casos en los que los menores que se oponen al régimen de visitas tienen menos de 12 años y no hay causa probada que justifique ese rechazo, los jueces estiman que es responsabilidad del progenitor custodio el cumplimiento del régimen. A estas edades los niños todavía son inmaduros y no son plenamente capaces de conocer las consecuencias de su decisión, por lo que los progenitores no pueden ceder ante sus caprichos ni mucho menos inducirles a que no cumplan el régimen de visitas establecido.

En este último sentido es relevante destacar la existencia del Síndrome de Alienación Parental. A rasgos generales podemos decir que se da en casos en los que los hijos son manipulados psicológicamente por el progenitor custodio para que muestre miedo, falta de respeto o incluso se enfrente al no custodio.

En un principio, esta cuestión no se consideraba un incumplimiento del régimen de visitas. De hecho, hubo un caso que se planteó ante los tribunales daneses donde un hijo no quería ver a su padre por la influencia de la madre. El asunto se elevó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se pronunció diciendo que el derecho-deber de visitas se podía suspender cuando el menor manifestara rechazo o repulsión contra el

⁷ ARNAU MOYA, F, “Oposición sin causa de los menores ...”, op., cit., p. 3.

progenitor, aunque estos sentimientos surgieran a raíz de la influencia de las personas que le rodean. Para justificar su decisión, argumentaba que debía suspenderse para dar prioridad al bienestar psicológico del menor.

Sin embargo, este Tribunal cambió de parecer el día 13 de julio del 2000 a raíz del caso Elsholz contra Alemania⁸, donde admitió que los derechos de un padre se habían vulnerado al suspender el régimen de visitas después de que su hijo sufriera este Síndrome de Alienación Parental debido a la influencia de su madre. Los tribunales españoles también se han pronunciado en este mismo sentido en varias ocasiones, como en la SAP de Madrid (Sección 24) 185/2006, de 15 de febrero⁹ y en la SAP de Murcia (Sección 1ª) 271/2006, de 3 de julio.

Sin embargo, actualmente el Síndrome de Alineación Parental no está reconocido por casi ninguna asociación científica del campo de la psiquiatría o la psicología. La Asociación Estadounidense de Psicología (American Psychological Association, en inglés) ha descartado la existencia de este síndrome por “*carecer de evidencia empírica o clínica*”. Además, tampoco se incluye en la Clasificación Internacional de Enfermedades elaborada por la OMS. La Asociación Española de Neuropsiquiatría también lo ha criticado por ser “*un grave intento de medicalizar lo que es una lucha de poder por la custodia de un hijo*”. Por ello, en los últimos años, el Consejo General del Poder Judicial recomienda que no se use debido a que es una teoría pseudo-científica.¹⁰

De hecho, el objetivo de la medida 129 del Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género es evitar que los órganos judiciales tengan en cuenta el Síndrome de Alienación Parental porque no tiene base científica. Esta medida finalmente se manifestó en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Este apartado dice lo siguiente: “Los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman

⁸ STEDH 13 de julio de 2000, Elsholz vs. Alemania.

⁹ El demandante del caso es un padre que desea que se le atribuya la guardia y custodia de su hija Edurne porque alega que su madre no está en condiciones de hacerse cargo de ella y porque la niña no desea pasar tiempo con su madre. El equipo de psicólogos adscrito al Juzgado elaboró un informe psicosocial donde se establecía que la negativa de Edurne a relacionarse con su madre en parte se debía a las influencias del padre, que le transmitía una imagen deteriorada de su ex cónyuge.

¹⁰ Informe sobre el grupo de trabajo de investigación sobre el llamado síndrome de Alienación Parental, aprobado por el Observatorio estatal de violencia sobre la mujer el 13 de julio de 2010 y por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial).

interferencia o manipulación adulta, como el llamado Síndrome de Alienación Parental, puedan ser tomados en consideración.”

Por ello, aunque ahora no se tiene en cuenta el SAP en los tribunales para modificar el régimen de visitas, hace unos años sí que ocurría.

2.5 Régimen ordinario

El régimen que usualmente se suele establecer es que el progenitor no custodio esté en compañía de sus hijos los fines de semana alternos, algunos días entre semana y la mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. Estos son periodos que sí se pueden distribuir porque no son escolares, ya que, en ocasiones la vida escolar del niño se podría ver afectada si tuviera que estar cambiando de domicilio durante la semana o incluso no pudiendo asistir a clase porque el domicilio del progenitor no custodio estuviese lejos de su escuela.

Lo recomendable en relación con los fines de semana es establecer un régimen de visitas en fines de semana alternos. No sería justo ni lógico que el progenitor no custodio pudiese estar con el menor todos los fines de semana y el progenitor no custodio solo entre semana y la mitad de las vacaciones, ya que entre semana todo son cargas y obligaciones y es más difícil pasar tiempo relajado y de calidad con los menores. En este sentido se pronuncian la SAP de Salamanca 30/2002 de 23 de enero y la SAP de Madrid (Sección 24ª) 482/2003 de 22 de mayo.

En fechas especiales como el cumpleaños o la Primera Comuni3n del hijo, lo ideal sería que ambos progenitores pasaran el día con él. Si esto no fuera posible por razones de tensi3n o conflicto intrafamiliar, se podría celebrar dos veces, pero los padres deben tener en cuenta que lo mejor para el menor es que ambos estén presentes en un momento tan especial. Debe decaer en estos casos el régimen de fines de semana alternos ya preestablecido, lo que suele causar graves enfrentamientos.

Asimismo, el derecho de visitas debe complementarse con el derecho del menor a mantener un contacto periódico con ambos padres, según lo establecido en el artículo 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del año 2000. Este mantenimiento del contacto se presupone implícito dentro del derecho de visitas ya que, de no estarlo, no sería posible ejercer este derecho de visitas del que hablamos. Las nuevas tecnologías han

facilitado en gran medida la comunicación entre padres e hijos, especialmente cuando viven en ciudades diferentes o incluso en países distintos. Sin embargo, el contacto indirecto a través del teléfono, por ejemplo, no puede sustituir nunca al contacto directo que proporciona el régimen de visitas, debiéndose establecer este último en la medida de lo posible.

2.6 Régimen extraordinario:

En este tipo de régimen concurren una serie de circunstancias especiales que afectan al desarrollo habitual de las estancias y visitas. La solución jurisprudencial a estos casos es muy variada. La clave es intentar, en la medida de lo posible, equilibrar el contacto con los dos progenitores, por lo que cobra importancia la flexibilización del régimen.

2.6.1 Progenitor residente en el extranjero:

El artículo 9.2 de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño establece lo siguiente: “El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.” Si uno de los progenitores reside en el extranjero, lógicamente las visitas serán menos frecuentes, pero de más larga duración. La SAP de Barcelona de 18 de octubre de 2000¹¹ condiciona el establecimiento del régimen de visitas a que el padre resida donde vive su hija durante un tiempo. En este tipo de casos, las estancias solo se darán en el país de residencia del progenitor o de los menores, y no en un tercer país salvo que se vayan a pasar las vacaciones allí.¹²

En la STS de 16 de mayo de 2017¹³, este tribunal indica que “cuando no exista un acuerdo entre los progenitores que sea beneficioso para el menor, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas en interés del

¹¹ SAP de Barcelona (Sección 12ª) 298/2000 de 18 de octubre. La menor convive con su madre en Barcelona, y el padre reside en la isla de Sicilia (Italia).

¹² SAP de Málaga (Sección 6ª) 22/2009 de 16 de enero.

¹³ El padre vive en Miami y la madre en Asturias. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Mieres dictó sentencia el 18 de abril de 2016 indicando que la madre ostentaría la guardia y custodia de la menor y estableciendo un régimen de visitas para el padre de la mitad de las vacaciones de Navidad y verano. Asimismo, se indicaba que el padre sufragaría por completo los gastos de viaje entre Asturias y Miami. La Audiencia Provincial de Oviedo posteriormente aumentó la duración de las estancias.

menor.” Además, aclara que los gastos de traslado influyen especialmente en estos casos, ya que, si el progenitor debe pagar cantidades muy elevadas para poder estar en compañía del menor, se está obstaculizando el derecho de visitas. Por ello, debe decidirse en atención al interés del menor y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales del traslado, que finalmente también beneficia al menor.

2.6.2 Trabajo en fines de semana

El hecho de que el progenitor no custodio trabaje los fines de semana impide que se desarrolle con normalidad el régimen de visitas, ya que lo habitual es que este progenitor esté en compañía del menor algún día entre semana y los fines de semana alternos. En estos casos se intenta que el menor le visite a la salida del colegio en determinados días entre semana y también en los fines de semana festivos. De lo contrario, el no custodio solo vería a su hijo en vacaciones, lo cual es contrario a su interés y dificulta la creación de vínculos afectivos entre ambos.¹⁴

2.6.3 Enfermedad de los hijos

Aquí no hablamos de cualquier enfermedad, sino de aquella que requiera hospitalización o internamiento en un centro especializado; o que desaconseje que el menor se traslade de su domicilio. Normalmente en los convenios reguladores redactados por los ex cónyuges se suele pactar que, cuando el menor esté enfermo, el progenitor con el que no esté en ese momento puede ir a visitarlo, previa comunicación con el otro progenitor. Por otro lado, no es usual que un Juez contemple esta circunstancia en una sentencia porque si hay una buena relación entre los padres, esto no suele plantear demasiados inconvenientes o controversias entre ellos.¹⁵

2.6.4 Cambio de domicilio del progenitor custodio:

Sin duda, un cambio en el domicilio del progenitor custodio puede dificultar el desarrollo del régimen de visitas, pero no le podemos prohibir que lo haga porque estaríamos restringiendo su libertad. Sin embargo, como esta modificación repercute en las visitas del otro progenitor, deberá consultársele y solicitar su opinión u aprobación. Si

¹⁴ *Relaciones Paterno-Filiales*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2019.

¹⁵ DE COUTO GÁLVEZ, R, *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*, Dykinson S.L, Madrid, 2018, p. 246

no llegan a ningún acuerdo, deberán acudir a la vía contenciosa y será el juez quien decida en atención al interés superior del menor. Normalmente se opta por mantener la custodia preestablecida, salvo que el interés del menor lo aconseje. Si el niño tiene más de 12 años, el juez le oirá, aunque su opinión no es vinculante.¹⁶

En ningún caso el progenitor podrá cambiar su domicilio de forma unilateral y sin informar al otro progenitor o al juez, ya que entonces podría estar cometiendo un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal.¹⁷

2.7 Régimen de visitas con los abuelos

Cabe destacar que es posible establecer un régimen de visitas con los abuelos, siempre y cuando ellos lo consientan, ya que en este caso no es una obligación. Al principio no se contemplaba esta posibilidad, pero la entrada en vigor de la Ley 42/2003 de 21 de noviembre modificó el Código Civil (en concreto los artículos 90, 94, 103, 160 y 161) y la Ley de Enjuiciamiento Civil, avanzando así en la regulación de las relaciones familiares entre los abuelos y sus nietos. De hecho, el actual artículo 160.2 CC establece lo siguiente: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.”. Asimismo, a través de esta reforma se añadió un segundo apartado al artículo 94 CC que hacía referencia expresa al posible establecimiento de un derecho de comunicación y visitas de los abuelos con los nietos, atendiendo al interés del menor. Con la posterior reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, este apartado ahora también se extiende a hermanos, parientes y allegados del menor.

Este derecho de reciente creación ha suscitado polémicas en los tribunales, pero sin duda beneficia al menor y a las relaciones familiares en general. En la sentencia de 20 de septiembre de 2016, el Tribunal Supremo permite que una abuela visite a sus nietos dos horas al mes en un Punto de Encuentro Familiar (PEF) pese a la mala relación que existía entre ella y los padres de sus nietos.

¹⁶ <https://oderizabogados.es/cambio-domicilio-progenitor/#:~:text=El%20progenitor%20custodio%20no%20puede,incluso%20ir%20a%20la%20c%C3%A1rcel>, visitado el 13 de junio de 2022.

¹⁷ <https://www.divorcios.me/cambio-residencia-progenitor-custodio-hijos/>, visitado el 13 de junio de 2022.

3. RÉGIMEN DE VISITAS ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 8/2021

El régimen de visitas que establecía el anterior artículo 94 del Código Civil decía lo siguiente: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.”

El artículo comienza ofreciendo una breve descripción del régimen de visitas, reconociendo que se trata de un derecho del progenitor no custodio a visitar a sus hijos y a comunicarse con ellos. Justo después, establece dos situaciones en las que el Juez puede limitar o incluso suspender el régimen de visitas.

3.1 Suspensión o limitación por graves circunstancias

La primera de esas situaciones es la existencia de graves circunstancias que aconsejen la limitación o suspensión del régimen de visitas. Aquí es donde podíamos encajar los casos de violencia doméstica o de género de un progenitor hacia otro, pero también otros supuestos como que el progenitor no custodio padezca una enfermedad contagiosa, que sea una mala influencia para el menor o que sufra una adicción grave que perjudique al hijo.

3.1.1 Grave adicción

Es lógico pensar que el hecho de que un progenitor tenga una grave adicción a las sustancias como al alcohol, a las drogas o al juego, puede perjudicar al menor. En ocasiones, estas adicciones causan episodios de violencia del adicto con sus hijos, por lo que el juez suele restringir las visitas, prohibiendo las pernoctas e incluso obligando a que estas visitas sean supervisadas por un tercero. Sin embargo, hay ciertos casos muy graves en los que incluso se suspende el régimen de visitas. Por ejemplo, en el de la SAP de Valencia (Sección 10ª) 567/2019 de 18 de septiembre. El padre era alcohólico, y sus hijos rechazaban cualquier contacto con él ya que tenían malos recuerdos de su adicción. Además, alegaban que había una falta de empatía y de conexión emocional del padre para con sus hijos. Tras la valoración pericial, se estimó que sería recomendable suspender el régimen de visitas a fin de salvaguardar el interés superior del menor. Todo ello sin

perjuicio de que pudiera volver a establecerse si el progenitor se recuperaba. Si el progenitor adicto se somete a tratamientos y se recupera, podrá solicitar un régimen gradual de visitas, previa constatación médica y psicológica de su rehabilitación.

3.1.2 Enfermedad contagiosa

Este tema ha cobrado especial relevancia en los últimos años debido a la pandemia del COVID-19. Convivir con alguien que padece una enfermedad contagiosa sin duda pone en riesgo la salud del menor, lo cual es contrario a su interés.

El 20 de marzo de 2020, el CGPJ estableció que correspondía a cada juez decidir en cada caso sobre la modificación del régimen de custodia, visitas y estancias acordado en los procedimientos de familia¹⁸. Por ello, los criterios que seguía cada juez podían ser dispares. Sin embargo, durante el estado de alarma, la mayoría coincidía en que, si uno de los progenitores se contagiaba, era preferible que el hijo conviviese con el otro para evitar contraer el virus. En estos casos se entendía que concurría una circunstancia de fuerza mayor que justificaba la suspensión temporal del régimen de visitas. Por otro lado, el progenitor en cuya compañía se quedaban los hijos debía facilitar el contacto paterno-filial a través de medios electrónicos o telemáticos.¹⁹

3.1.3 Falta de relación paterno-filial

Esta circunstancia es relativamente común en la práctica. En general, se debe al transcurso de un largo periodo de tiempo sin que el progenitor no custodio tenga contacto con el menor. Muchos matrimonios se separan cuando los hijos son muy pequeños y la custodia se otorga a uno de los progenitores. Al cabo de unos años, el otro progenitor pretende el establecimiento de un régimen de visitas normalizado, pero ya para el menor es casi como un extraño.

Esto es lo que se analiza en la SAP de Madrid (Sección 22ª) 825/2019 de 7 de octubre. La resolución versaba sobre un padre que en ocho años y medio solo había visto a su hija unas cuatro o cinco veces y sin avisar. El informe pericial que se realizó

¹⁸ Acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial el 20 de marzo de 2020.

¹⁹ Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de Familia de Barcelona en relación al estado de alarma de 18 de marzo de 2020.

constataba que esto provocaba a la niña una gran confusión e incertidumbre, ya que no sabía cuándo podría ver o comunicarse con su padre. Asimismo, sentía ansiedad antes y después de verle. Por ello, el tribunal decidió confirmar la sentencia emitida por el órgano anterior y suspender el régimen de visitas, sin perjuicio de que si cambiaban las circunstancias se podía volver a establecer.

3.1.4 Violencia de género

Como ya he mencionado, la violencia de género no era una causa separada de suspensión o limitación del régimen de visitas, pero se incluía dentro de este amplio supuesto de concurrencia de graves circunstancias que aconsejaban la modificación de este régimen. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS de 26 de noviembre de 2015²⁰, que establece lo siguiente: “A la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.” Esta sentencia cita una anterior de la misma sala y del mismo Tribunal (STS de 11 de febrero de 2011)²¹, la cual establece lo siguiente: “Se acredita que la madre se encuentra en unas circunstancias frente al padre que obligaron en su momento a redactar una orden de protección, que no consta a este Tribunal que en este momento haya sido revocada; se abrieron diligencias penales, aunque se sobreseyeron; el recurrente protagonizó unos episodios de violencia ante los propios tribunales que entendían en los trámites del juicio de guarda y custodia de alimentos del hijo menor. Todo ello ha llevado al Tribunal a negar el régimen de visitas, con base a la protección del interés del menor.”

Por tanto, la violencia de género no se contemplaba expresamente en la ley como una causa para suspender o limitar el régimen de visitas, sino que eran los propios

²⁰ Se trataba de un padre que fue condenado el 2 de diciembre de 2011 por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Algeciras a una pena privativa de prisión por un delito de malos tratos habituales contra su ex esposa, por dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor y un delito de amenazas. El padre, D. Alexander, solicitaba un régimen de visitas con su hija pequeña.

²¹ Ambos progenitores disputaban por la guarda y custodia de su hija de 1 año de edad. La madre, Doña Andrea, interpuso una denuncia y el 30 de abril de 2005 se dictó una orden de protección para ella a través de unas diligencias urgentes. Posteriormente estas diligencias se transformaron en el juicio de faltas 156/2005 y se dictó un auto de sobreseimiento libre.

tribunales los que decidían en cada caso teniendo en cuenta el interés del menor. Se entendía que, si había algún tipo de violencia de un progenitor contra otro, esto perjudicaba al menor. Ante todo, se pretendía garantizar la seguridad de los menores, por lo que o se restringían o se controlaban las visitas, o directamente se suspendía el régimen. Sin embargo, la jurisprudencia no siempre ha fallado siguiendo este razonamiento, pero gracias al paso del tiempo su opinión al respecto ha ido evolucionando.

Como se puede comprobar, el antiguo artículo 94 no establecía una lista cerrada de circunstancias, sino que lo dejaba a la libre apreciación del juez. Por ello, los criterios para suspender o limitar este régimen se han ido construyendo jurisprudencialmente a lo largo de los años.

3.2 Suspensión o limitación por incumplimiento de deberes

3.2.1 Incumplimiento del progenitor no custodio

La segunda de las situaciones que antes de la reforma podía provocar que el Juez limitara o suspendiera el régimen de visitas era el incumplimiento reiterado de los deberes impuestos en la resolución judicial con la que finalizaba el proceso relativo a la crisis matrimonial. El progenitor visitador incumple estos deberes si, por ejemplo, no visita al hijo cuando así está establecido, o no lo devuelve al otro progenitor a tiempo.

El incumplimiento del régimen de visitas presenta una pluralidad de manifestaciones, como uno parcial en el que el progenitor visita a sus hijos unos días si y otros no; o uno total en el que no los visita nunca. En casos de incumplimiento total no sirve de nada suspender el régimen de visitas, porque de facto ya está suspenso. Por ello, a veces incluso se priva al progenitor de la patria potestad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 170.1 del Código Civil.

En ocasiones, las visitas no las realiza el progenitor que está obligado a ello, sino que las ejercen sus familiares. Esto no plantea problemas si es algo esporádico o si el progenitor y su familia ejercitan conjuntamente este régimen de visitas. En cambio, sí que supondría un incumplimiento el que el menor solo pasara tiempo con los familiares del progenitor, pero no con éste.²²

²² *Relaciones Paterno-Filiales ...op.,cit.,*, pp. 138-143.

Si el progenitor visitador no devuelve el menor al custodio, podría estar cometiendo un delito de sustracción de menores contemplado en el artículo 225 bis del Código Penal porque lo está trasladando y reteniendo fuera de su domicilio habitual sin consentimiento de aquel progenitor con el que suele convivir²³. Si además lo traslada a otro país, estaríamos ante un supuesto de sustracción internacional de menores. Para solventar este tipo de situaciones hay diversos instrumentos internacionales, como el Convenio de Europa hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 o el Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980. Este último fue ratificado por España en 1987 y contiene medidas civiles para hacer frente a la situación de sustracción internacional de menores.

3.2.2 Incumplimiento del progenitor custodio

El progenitor conviviente también puede incumplir este régimen de visitas si no facilita o incluso obstaculiza la comunicación o relación del menor con el visitador. Este incumplimiento normalmente se da en tres modalidades: negativa a entregar al menor, retraso sin causa en esta entrega o creación en su hijo de sentimientos de rechazo respecto al progenitor visitador. En la última de estas situaciones estaríamos refiriéndonos al Síndrome de Alineación Parental ya mencionado anteriormente.

En estos casos se puede recurrir a una ejecución forzosa del régimen de visitas, contemplada en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En su apartado tercero indica que, en caso de incumplimientos reiterados del régimen de visitas por parte de ambos padres, el juez podrá modificar las medidas adoptadas anteriormente respecto a la guardia y custodia y al régimen de visitas.

3.3 Suspensión y limitación: una facultad discrecional del juez

En todos los supuestos mencionados, el juez tenía la facultad (que no la obligación) de modificar o incluso suspender el régimen de visitas. La suspensión solo se daba en casos excepcionalmente graves, ya que supone la vulneración del derecho del niño a comunicarse y a mantener una relación con ambos de sus padres. El juez siempre decidía en atención al interés superior del menor. Dependiendo de la edad de los hijos, se escuchaba o no su opinión, aunque ésta no era vinculante porque el deseo del menor no

²³ <https://www.divorcios.me/incumplimiento-regimen-de-visitas/>, visitado el 19 de junio de 2022.

siempre coincide con lo que realmente le beneficia, y esto último es en definitiva aquello que se protege a través del interés superior del menor.

Las limitaciones más comunes antes de la reforma eran las relativas al tiempo, al lugar donde se desarrollaban las visitas o a la prohibición de pernocta. En todo caso, ninguna de estas modificaciones era definitiva, ya que las necesidades del menor y su relación con el progenitor pueden variar a lo largo del tiempo.

4. DESARROLLO Y EVOLUCIÓN: CAUSAS QUE MOTIVARON LA REFORMA

4.1 Concepto de violencia de género

4.1.1 Diferencias entre violencia doméstica y violencia de género

Antes de comenzar a hablar sobre la violencia de género, debemos saber exactamente qué es y diferenciarla de la violencia doméstica, ya que a menudo ambos términos se usan indistintamente y hay quien los confunde.

- **Violencia doméstica**

Comencemos con el concepto de violencia doméstica proporcionado por los artículos 57.2 y 173.2 de nuestro Código Penal. La violencia doméstica es aquel tipo de violencia que se da en el ámbito familiar, y la definiremos como tal en atención al sujeto pasivo del delito y a su relación con el autor de los hechos. Las víctimas de esta clase de violencia son: “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, “los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente”, “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar” y “las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

El primer grupo de víctimas que contempla ley es el que suscita mayores problemas, sobre todo a la hora de diferenciar la violencia doméstica de la violencia de género. En este apartado nos referimos principalmente a las relaciones de pareja o análogas. Aquí es irrelevante quién de los dos es el agresor y la víctima, a diferencia de

lo que ocurre con la violencia de género. La clave para saber si estamos ante una relación contemplada por estos dos artículos la da el Tribunal Supremo en la STS de 12 de mayo de 2009: “que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad (...)”.

En la mayoría de estos casos se entiende que es necesaria una convivencia entre el autor y la víctima del delito para poder catalogarlo como violencia doméstica²⁴. Esto es cierto excepto para el primer grupo de víctimas: los cónyuges o personas con análoga relación de afectividad. En estos supuestos, puede existir violencia doméstica aunque los dos sujetos no hayan convivido. Esta conclusión se extrae de la propia ley, que lo indica explícitamente: “aun sin convivencia”.

Cuando la ley se refiere a personas amparadas que están integradas en el núcleo de la convivencia familiar, lo que hace es ampliar la definición de violencia doméstica a un ámbito suprafamiliar, ya que las víctimas pueden ser personas que no tienen ningún tipo de vínculo familiar con el autor pero que conviven con él. Por ejemplo, un estudiante de intercambio que pasa una temporada en casa de una familia.²⁵

Por otro lado, los centros públicos o privados que acogen a personas con especial vulnerabilidad son principalmente residencias de ancianos, residencias para personas con discapacidad, centros de protección de menores o centros de internamientos de menores con problemas de conducta. Se entiende que los autores de violencia doméstica en estos centros pueden ser los encargados, los cuidadores, o incluso los demás compañeros.

El rango de delitos de violencia doméstica que pueden cometerse es muy amplio: amenazas y coacciones; lesiones, maltrato habitual; vejaciones... Para proteger a estas víctimas y a las de violencia de género se ha configurado un instrumento jurídico llamado orden de protección, que es un auto que adopta medidas de protección y de seguridad civiles y penales. Esta resolución se adopta cuando hay indicios fundados de la comisión

²⁴ Consulta 1/2008 de la fiscalía general del Estado del 28 de Julio.

²⁵ DE COUTO GÁLVEZ, R (coord...); CABRERA MARTÍN, M, "Violencia doméstica y de género" *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*, Dykinson, Madrid, 2018 pp. 192-194.

de alguno de estos delitos, los cuales sitúan a la víctima en una situación de riesgo objetivo.²⁶

- **Violencia de género:**

El concepto de violencia de género es mucho menos amplio que el de violencia doméstica, ya que se reduce el rango de posibles sujetos pasivos de los delitos. El artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género define lo que hoy en día conocemos como violencia de género: “violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”

Por ello, para que podamos apreciar la existencia de violencia de género se deben cumplir tres requisitos: violencia de un hombre hacia una mujer; que manifieste discriminación, desigualdad o relaciones de poder; y que el agresor y la víctima estén o hayan estado unidos por matrimonio o análoga relación de afectividad.

Como podemos comprobar, este concepto no contempla la violencia que ejercen los hombres contra las mujeres solo por serlo pero que no se dan en el ámbito de la pareja. Sin embargo, una de las medidas (en concreto, la 102) que propone el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017 ²⁷ es precisamente ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul.²⁸ Esto es, eliminar el requisito de que, para que exista violencia de género, tiene que existir o haber existido entre los dos sujetos una relación de matrimonio o de análoga afectividad. Ello significaría que también serían violencia de género la trata de mujeres, la mutilación genital femenina, los matrimonios forzosos o el acoso sexual.²⁹

²⁶ <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionales/Investigacion/asistenciaSocial/recursos/orden/home.htm#:~:text=La%20orden%20de%20protecci%C3%B3n%20es,a%20todo%20tipo%20de%20agresiones,> visitado el 21 de junio de 2022.

²⁷ Este Pacto fue aprobado en el Congreso de Diputados el 28 de septiembre de 2017 y tiene una vigencia de 5 años, esto es, hasta septiembre de 2022.

²⁸ En el Convenio 210 del Consejo de Europa hecho en Estambul, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011, los conceptos de “violencia contra la mujer” y “violencia contra la mujer por razones de género” no se limitan al ámbito de la pareja, sino que abarcan todo tipo de violencia del hombre contra la mujer que comporten discriminación o que afecten a la mujer de forma desproporcionada.

²⁹ COUTO GÁLVEZ, R (coord...); CABRERA MARTÍN, M, "Violencia doméstica y de género" *Derecho de las relaciones familiares y de los...*, op., cit., pp. 204-205.

Cabe añadir que, a raíz de la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, se ha ampliado el concepto de violencia de género, que ahora también comprende “la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero.”³⁰ En el presente trabajo analizaremos cómo se ha pasado de considerar al menor como víctima indirecta a reconocerlo como verdadera víctima directa de la violencia de género.

4.1.2 Violencia de género como problema social:

“La violencia de género es la manifestación más cruel e inhumana de la secular desigualdad existente entre mujeres y hombres que se ha producido a lo largo de toda la historia, en todos los países y culturas con independencia del nivel social, cultural o económico de las personas que la ejercen y la padecen”³¹

La violencia de género es, sin duda, uno de los problemas sociales más graves y extendidos en este país. A pesar de que España es un país pionero en lo que se refiere a la regulación en este tema, aún queda un largo camino por recorrer para eliminar este tipo de violencia. El año pasado murieron 47 mujeres a manos de sus parejas o ex parejas, solo una menos que en 2020.³²

Sin embargo, las muertes solo son la punta del iceberg, ya que a día de hoy hay miles de mujeres que son maltratadas en silencio. Afortunadamente, gracias a las campañas de concienciación y de información, así como a los recursos y las medidas de protección que se facilitan a las víctimas, más y más mujeres finalmente se están atreviendo a denunciar. De hecho, según el XIII Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer³³, en 2019 hubo 168.057 denuncias por violencia de género, lo que supone una media de 406 denuncias al día.

Es más, en 2021 se inscribieron como víctimas de violencia de género y violencia doméstica 38.715 personas, un 2,4% más que en 2020. De todas estas víctimas, 35.359 son mujeres y 3.356 hombres. En todo el año fueron denunciados un total de 30.047 hombres por violencia de género en los asuntos con orden de protección o medidas

³⁰ Apartado 4 del artículo 1 de la LO 1/2004, añadido por la disposición final décima de la LO 8/2021 de 4 junio.

³¹ Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 27 de septiembre de 2017.

³² https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimiasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales_2022_06_09-21_Anuales.pdf, visitado el 15 de junio de 2022.

³³ https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/informes/XIII_Informe2019_Capitulos.htm, visitado el 21 de junio de 2022.

cautelares. Casi la mitad de los denunciados tenían edades comprendidas entre los 30 y 44 años, pero hubo un gran aumento en el número de menores de 18 años denunciados por violencia de género con respecto a 2020 (de 72 a 123).³⁴

Estos datos son, sin duda, estremecedores, debido a que muestran una realidad que desafortunadamente sigue estando muy presente en nuestro país. Es necesario que seamos conscientes de este grave problema para enfrentarnos a él. Y solo lo podremos erradicar si aunamos fuerzas como sociedad para construir un mundo mejor para todos.

4.1.3 Primeros instrumentos normativos al respecto

El reconocimiento de la violencia de género como un problema social que existe y que ha de eliminarse ha sido relativamente reciente. El germen de la concienciación surgió con la Declaración de Derechos Humanos de la ONU del 10 de diciembre de 1948, que establecía en su artículo 2 que todas las personas tienen los mismos derechos y libertades sin distinción de sexo. No obstante, el primer instrumento normativo que trató la violencia de género de manera directa es otro distinto, aunque también internacional: la Declaración sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1993.

A partir de su promulgación fueron surgiendo numerosas normas que abordaban este tema. A nivel internacional podemos destacar la Resolución 2002/52 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y a nivel comunitario la Decisión número 779/2007/CE.

A nivel nacional, la primera muestra de lucha contra la violencia de género comenzó con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que incluyó el delito de violencia habitual en el artículo 425. En el mismo sentido, la Ley Orgánica 11/2003³⁵ introdujo en este código los delitos de violencia habitual (artículo 173) y el delito de maltrato ocasional (artículo 153). Por otro lado, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, sirvió para garantizar un proceso judicial rápido donde se impusieran medidas cautelares civiles y penales que restringieran la libertad del agresor para evitar que se acercara a la

³⁴ Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG) del año 2021. Instituto Nacional de Estadística, 10 de mayo de 2022. Recogido de https://www.ine.es/prensa/evdvg_2021.pdf

³⁵ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

víctima. Asimismo, creó medidas que otorgaban seguridad y protección tanto a la persona agredida como a su familia.

Sin embargo, la ley que marcó un antes y después en la regulación de la violencia de género fue la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. Como su propio nombre indica, se trata de un instrumento normativo que proporciona una respuesta global, multidisciplinar e integral a este grave problema. No solo se centra en aspectos puramente jurídicos, sino también en los preventivos y educativos. Esta ley garantiza el derecho de acceso a la información y a la asistencia social integrada. Además, crea dos órganos administrativos: la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y el Observatorio Estatal de violencia sobre la Mujer.

Tras su entrada en vigor se han elaborado nuevas normas sobre violencia de género, aunque no tan completas y generales como esta. Cabe destacar que la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género se ha reformado en varias ocasiones. La más reciente se introdujo a causa de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

4.2 Interés del menor

4.2.1 El interés del menor: un concepto casuístico indeterminado

El interés superior del menor (también llamado *favor filis* o *favor minoris*) es un concepto jurídico indeterminado que tiene una triple naturaleza: derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento.³⁶ Es el derecho del niño a que su interés sea evaluado y tenido en cuenta. Resulta imposible definirlo, ya que son los jueces quienes lo van construyendo en cada caso. Tal y como establece Rivero Hernández, este interés se vincula a la perfección de la educación del menor que se impone al mismo sin considerar su voluntad u opinión³⁷. Por ello, no debemos confundir el interés superior del menor con lo que éste quiera. Este interés también está íntimamente

³⁶ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Naciones Unidas, Ginebra, 2013, p.4.

³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita...*, op., cit... p.159.

relacionado con el desarrollo de su personalidad dirigido a una mayor integración en la sociedad³⁸.

No cabe duda de que, a la hora de tomar decisiones relativas a menores, su interés debe primar sobre los demás. Así se establece en el artículo 2.1 de la LOPJM tras la reforma de 2015: “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.”

Como hemos mencionado, es un concepto casuístico, ya que el juez deberá determinar lo que es mejor para el menor en cada caso concreto. Valorará este interés de forma discrecional, atendiendo tanto a los criterios generales como a las especiales características de cada caso, logrando así un resultado justo.³⁹ En la valoración, uno de los criterios generales que desempeñará un papel importante es la edad del menor, la cual siempre deberá tener en cuenta el juez. Otro de ellos es la madurez, aunque éste tiene connotaciones un poco más subjetivas o discrecionales.

4.2.2 Falta de protección de los menores contra la violencia de género

Tras años y años de lucha y esfuerzo, por fin se consiguió que se tratara la violencia de género como la cuestión tan importante que es. El primer gran instrumento normativo en este tema fue la ya mencionada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que sin duda supuso todo un avance en la regulación de la violencia de género en España.

A pesar de sus numerosos logros en la consecución de una verdadera protección hacia las víctimas, su redacción original del año 2004 resultó insuficiente para abarcar todas las dimensiones de este problema. En su artículo 1, cuando define el concepto de violencia de género, no solo no reconoce a los hijos de las mujeres como víctimas, sino que ni siquiera los menciona. En el artículo siguiente solo se habla de mujeres víctimas de violencia de género. La ley solo nombra a los menores al decir que son beneficiarios

³⁸ CRUZ GALLARDO, B, *La Guarda y Custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 167.

³⁹ CALVO CABELLO, J. L., *Derecho de visita. Teoría y praxis. Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas*, Eunsa, Pamplona, 1982, p. 333.

del derecho a la asistencia social integral aquellos que estén bajo patria potestad o guardia y custodia de la persona agredida (artículo 19), o al indicar que su presencia constituye un agravante en este tipo de delitos.⁴⁰

Solo un año tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, en 2005, la organización *Save the Children* elaboró una investigación titulada “Atención a los niños y las niñas víctimas de la violencia de género”, en la que analizaba la protección que se estaba dando a los niños y niñas al aplicarse los instrumentos normativos en materia de violencia de género. Finalmente, concluyeron que a los niños solo se les consideraba víctimas directas de esta violencia cuando sufrían agresiones físicas, pero no cuando eran testigos de las mismas.

En palabras de Horno Goicoechea, “son víctimas de violencia psicológica y no sólo porque presencien las palizas o las agresiones a sus madres sino por el mero hecho de vivir en un entorno en donde esta violencia es una pauta de relación. Viven en un entorno donde las relaciones violentas y el abuso de poder, que justifica, legitima y desencadena esa violencia como parte de las relaciones afectivas y personales son una pauta diaria. Internalizan un modelo negativo de relación que daña su desarrollo.” Por todo ello, subrayaron la necesidad de considerar a los menores como verdaderas víctimas de la violencia de género y de adoptar medidas efectivas y específicas que les protegieran eficazmente.⁴¹ En 2011, *Save the Children* publicó otro informe llamado “En la violencia de género no hay una sola víctima”, con un contenido muy parecido al de 2006.

4.2.3 Los menores como víctimas directas de la violencia de género

A raíz de estas investigaciones, fue surgiendo en la sociedad una concienciación sobre este tema y por primera vez en la historia se empezó a hablar de los menores como víctimas de la violencia de género. De hecho, la encuesta elaborada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en el año 2011⁴² como novedad añade información relativa a la presencia de los hijos en casos de violencia de género. Entre las mujeres encuestadas que reconocieron ser víctimas de esta violencia, el 64,9% indicó que tenían

⁴⁰ REYES CANO, P, “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, *Anuales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2015, p. 182-215.

⁴¹ HORNO GOICOECHEA, P, “Atención a los niños y niñas víctimas de la violencia de género: Análisis de la atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en el sistema de protección a la mujer”, Informe de *Save the Children*, Madrid, 2006

⁴² Macroencuesta de Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del año 2011 Recogido de https://www.lamoncloa.gob.es/Documents/0ada-074d-principales_resultados_macroencuesta_2011.pdf, visitado el 20 de junio de 2021

hijos al tiempo de producirse el maltrato. Además, de este último grupo de mujeres, más de la mitad (el 54,7%) señaló que sus hijos habían sufrido la violencia directamente. Estos datos devastadores fueron indicadores de que había que centrarse en una mayor protección de los niños y niñas frente a este tipo de situaciones.

El hecho de que los menores vivan en un ambiente violento puede provocar en ellos consecuencias irreparables. Por esto, son víctimas de esta violencia a pesar de que en ocasiones no se cometan actos violentos contra ellos directamente. Numerosos estudios ⁴³ han demostrado que presenciar violencia desde una edad temprana puede provocar en los niños problemas psicológicos, sociales, académicos o físicos⁴⁴. Muchos incluso comienzan a imitar patrones de conducta violentos que ya tienen normalizados, y a menudo asocian esta actitud violenta con tener más poder y control en el hogar. Las niñas tienden más a convertirse en potenciales víctimas de violencia de género en sus relaciones futuras de pareja ⁴⁵. Por tanto, la violencia es algo que sin duda se transmite de generación en generación porque, al crecer, interiorizan los estereotipos de género vividos en sus casas. Como bien indicó el Informe del observatorio estatal de violencia sobre la mujer de 2011, “no se puede seguir diciendo que las hijas y los hijos que ven u oyen como su padre maltrata a su madre son testigos de violencia, hay que decir que son víctimas porque ese estrés genera terror, desamparo, impotencia y hasta miedo o deseo de morir y eso es padecer directamente la violencia.”⁴⁶

En el ámbito internacional también se reconoce el impacto que tiene la violencia de género sobre los hijos. En el año 2010, la resolución 1714 del Consejo de Europa indica que “ser testigos de la violencia perpetrada contra la madre es una forma de abuso psicológico contra los niños”. Además, un año después, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas publicó la Observación general nº 13 sobre el derecho del niño a no ser sujeto a ninguna forma de violencia, donde, en interpretación del artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño indicaban que, debido a la gran alarmante

⁴³ IV Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2011, y PATRÓ HERNÁNDEZ, R; LIMIÑANA GRAS, R.M, “Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas”, *Anales de Psicología / Annals of Psychology Vol. 21 Núm. 1*, Universidad de Murcia, Murcia, 2005, pp. 11-17.

⁴⁴ AUGUSTYN, M; ZUCKERMEN, B, “Repercusión de la violencia en los niños”, *Nelson Tratado de Pediatría*, edición 17, 2004.

⁴⁵ PELCOVITZ, D; KAPLAN, S. J, “Child witnesses of violence between parents: psychosocial correlates and implications for treatment”, *Child and Adolescent Psychiatric Clinics of North America*, 1994, pp. 745–758.

⁴⁶ Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2011 p. 551

cantidad de violencia que se estaba ejerciendo contra los niños, era de vital importancia reforzar las medidas que les protegieran contra la misma.

Estos múltiples intentos de concienciación social finalmente dieron sus frutos en el año 2015, cuando se publicó la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Su objetivo era proteger a los menores en todos los ámbitos en los que es vulnerable. Tanto es así que su disposición final 3.1 introdujo una reforma en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004. En su redacción original, este artículo ni siquiera mencionaba a los menores, pero a partir de esta reforma se reconoció a los niños como víctimas de violencia de género y se adoptaron medidas específicas para protegerles. Aquí es cuando finalmente comenzó el concepto del menor como víctima directa de la violencia de género, y como consecuencia, se empezaron a tomar medidas concretas para abordar esta situación. De hecho, se admite explícitamente en la exposición de motivos (motivo VI): “La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma.”

Esta ley también introduce dos modificaciones especialmente relevantes para los menores en los artículos 65 y 66. El artículo 65 versa sobre la medida de suspensión de la patria potestad o de la custodia de menores, mientras que el artículo 66 habla sobre la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. Este último artículo establece la posibilidad del juez de suspender este régimen cuando el progenitor que tenga el derecho de visitas haya sido inculcado por violencia de género. Si el juez decidía no acordar la suspensión, debía pronunciarse sobre la forma en la que debe ejercerse este régimen y sobre las medidas que se deberían adoptar para garantizar la seguridad de los menores y de la mujer. En todo caso estaba obligado a realizar un seguimiento periódico de la evolución de este menor.

Por ello, gracias a esta ley, el juez como mínimo se tenía que pronunciar sobre el régimen de comunicación y visitas cuando el progenitor que lo ejerciera fuera inculcado por violencia de género. Antes de esta reforma, como hemos visto previamente, la violencia de género no era una causa específica de modificación del régimen de visitas, sino que se podía enmarcar en “graves circunstancias que así lo aconsejen”, tal y como enunciaba el antiguo artículo 94 del Código Civil. Esta diferencia puede parecer poco

relevante, pero es importante sobre todo a la hora de visibilizar este problema real que sufren tantas personas día tras día.

Desde la entrada en vigor de esta reforma los jueces tenían la obligación de pronunciarse sobre este tema, por lo que proliferaron las sentencias sobre la materia. A través de un análisis de las mismas podemos comprobar cómo ha cambiado la jurisprudencia desde la resistencia de los jueces a suspender este régimen de visitas a su suspensión en múltiples casos.

4.3 Evolución jurisprudencial

4.3.1 Indicios de violencia de género

Hablamos de los casos en los que, a pesar de no existir ni denuncia ni condena, el juez aprecia la existencia de indicios fundados de violencia de género dentro de un hogar. En un principio, el juez no tenía la obligación de modificar el régimen de visitas aun apreciando violencia, pero en ocasiones lo hacían basándose en el interés superior del menor.

En un principio, algunos jueces optaban por mantener el régimen de visitas aunque el progenitor fuera violento, siempre y cuando no lo fuera con sus hijos. En la SAP de Valencia (Sección 7ª) 448/1995, de 22 septiembre⁴⁷, la Audiencia optó por imponer un régimen de visitas para hacer valer el derecho de los hijos de comunicarse con sus progenitores: “La protección de los menores se constituye como el interés prioritario que debe prevalecer a la hora de tomar cualquier decisión por el juzgador (...) pero dentro de lo posible, debe intentarse abrir una vía para que los menores y su progenitor se puedan relacionar.”

Varios años después, el Tribunal Constitucional en la STC 176/2008 de 22 de diciembre ⁴⁸establece lo siguiente: “cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar

⁴⁷ En este caso, el Juzgado de Primera Instancia nº8 de Valencia denegó el régimen de visitas al padre que lo había solicitado debido a que se probó que era una persona violenta y agresiva, además de toxicómano. Tras la interposición de un recurso de apelación por parte del padre, la Audiencia Provincial de Valencia decidió establecer un régimen de visitas limitado a favor del padre al considerar que nunca había sido directamente violento con los hijos.

⁴⁸ Este caso no está directamente relacionado con la violencia doméstica o de género, pero sin duda sienta un precedente. Se trataba de un padre que se había sometido a un tratamiento hormonal para el cambio de sexo y al que se le habían restringido las visitas. Consideraba que se le estaba discriminando por razones de identidad sexual, pero el Tribunal Constitucional negó que existiera esta discriminación porque creía que había un riesgo de que la conducta del padre alterase negativamente la personalidad de su hijo.

los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse”. Esto es, no es necesario que efectivamente se produzca el daño, sino que basta con que haya un riesgo de que éste se produzca.

En este mismo sentido se pronunciaron la STS de 11 de febrero de 2011⁴⁹ y la STS de 26 de noviembre de 2015. En ambas se indica que deberá decaer el derecho de visitas si existe un peligro concreto y real o un riesgo indudable para la salud física, psíquica o moral del menor. Este peligro o riesgo puede surgir, por ejemplo, en casos de violencia doméstica o de género.

Además, en la STS del 22 de julio 2011, este tribunal volvió a repetir que “lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad”. Con ello, claramente prima el interés del menor frente al derecho-deber que tiene el progenitor a relacionarse con sus hijos.

4.3.2 Progenitor procesado o imputado

En un primer momento no se solía suspender el régimen de visitas aunque un progenitor denunciase a otro por ciertos delitos, ya que no se consideraba al menor como víctima de esta violencia. Por ello, se mantenía el régimen de visitas salvo que se probase que el menor iba a ser afectado directamente. Por ejemplo, la SAP de Ávila (Sección 1ª) 170/2004 de 4 octubre mantiene un régimen ordinario de visitas con respecto al padre a pesar de existir contra él una orden de alejamiento solicitada por la madre por malos tratos. El argumento que da la Audiencia es que el régimen de visitas tiene carácter imperativo y que toda negación del mismo es una excepción a la regla general, por lo que para limitarlo o suspenderlo se exige probar una serie de requisitos. Además, se estima que no existe peligro real para la salud física, psíquica o moral del menor.

A medida que avanzaron los años se pasó de pensar que los hijos no eran víctimas de esta violencia a finalmente reconocer que sí lo son. En la SAP de Lugo (Sección 1ª) 94/2016 de 24 febrero, siguiendo la línea de la STS del 11 de febrero de 2011, se suspende

⁴⁹ El Tribunal Supremo niega el derecho de visitas a un padre cuya conducta violenta comprobaron en el propio acto del juicio oral. El padre iba a ser condenado por la violencia que ejerció sobre la madre, pero el procedimiento penal no llegó a su fin porque hubo perdón por parte de la víctima.

el régimen de visitas. En este caso, la Audiencia deduce que hay violencia debido a que se concedió a la madre una orden de protección y una orden de alejamiento frente al padre por sus agresiones y actos violentos durante el embarazo y el parto de la víctima.

Como podemos comprobar, estos dos casos son similares porque en ambos hay una orden de alejamiento por malos tratos, pero la respuesta es completamente diferente. En el primero se mantiene un régimen ordinario de visitas, mientras que en el segundo se suspende. Esto muestra cómo se ha pasado de primar el régimen de visitas e intentar establecerlo salvo que se dieran circunstancias muy graves; a primar el interés superior del menor, que también comprende otorgarle una protección adecuada frente a la violencia. Por ello, en los últimos años se tiende a suspender el régimen de visitas si se aprecia un riesgo para el menor.

Por otro lado, cabe destacar que a raíz de la reforma introducida por la LO 8/2015, se modificó el artículo 66 de la LO 1/2004. Desde 2004 hasta 2015, solo se decía que el juez podía suspender el régimen de visitas del procesado por violencia de género contra sus descendientes. Sin embargo, desde 2015, si el juez no suspendía el régimen de visitas, al menos debía pronunciarse sobre cómo llevarse a cabo este régimen para procurar la seguridad e integridad de los menores y de la mujer. Además, debía hacer un seguimiento periódico de la situación.

4.3.3 Progenitor condenado

El ingreso en prisión de uno de los progenitores siempre ha implicado necesariamente una modificación en el régimen de visitas, ya que la situación familiar cambia por completo. Sin embargo, esta modificación depende en gran medida del tipo de delito por el que se condenase al progenitor. Si el juez consideraba que ese delito podía llegar a afectar al menor, suspendía o no establecía el régimen de visitas.

- **Homicidio o tentativa de homicidio:**

En casos de homicidios o tentativas de homicidio, la respuesta de la jurisprudencia es prácticamente unánime: se debe suspender el régimen de visitas. De hecho, matar o intentar matar a alguien en presencia de sus hijos se considera una conducta tan grave que en casi todos los casos lleva aparejada una privación de la patria potestad.

Esto es así en la STS de 30 de septiembre de 2015, en la que se impuso la pena de privación de la patria potestad porque el condenado por tentativa de asesinato había cometido el delito en presencia de la hija menor de ambos. La Sala consideró que, aunque el ataque no fuese contra la menor, había una conducta muy grave porque lo presencié, y eso le podía causar daños irreversibles. En este mismo sentido se pronuncia la STS de 8 de octubre de 2019⁵⁰, que además indica: “Esta decisión determina un auto abandono de su derecho de régimen de visitas por el autor del delito y un apartamiento de su derecho/deber de estar con los menores, en razón al acto antinatural de querer matar a la madre de los niños (...)”.

Asimismo, la STS de 18 de abril de 2018 subraya lo mucho que afecta a los niños presenciar tales episodios de violencia cuando establece que: “La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, a quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación, ante la posibilidad de que su experiencia traumática vuelva a repetirse.”

El Tribunal Supremo mantiene esta opinión en la STS del 24 de mayo de 2018⁵¹, donde sienta una doctrina esencial en lo relativo a la consideración del menor como víctima directa de la violencia de género: “no es preciso que se produzca un ataque directo al menor para que proceda la imposición de esta pena, sino que el ataque a la propia madre de este menor por su propio padre, en consecuencia la inexistencia de régimen de visitas ni ningún tipo de medida que implique contacto alguno con la menor.” Como se puede comprobar de la lectura de ese párrafo, el Supremo indica que un ataque del padre a la madre de los menores justifica la suspensión del régimen de visitas establecido.

Por otro lado, la SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) 313/2014 de 16 de diciembre confirma la suspensión del régimen de visitas a un padre que está en prisión por tentativa de homicidio contra la madre, ya que se considera que esto perjudica al menor porque daña su seguridad y tranquilidad.

⁵⁰ En este caso se inhabilita la patria potestad de un padre que intentó matar a su exmujer delante de sus dos hijos en el interior de un coche cuando ella le entregaba a él a los hijos para que cumpliera el régimen de visitas.

⁵¹ En este caso, el padre arrastró a la madre de la menor por el pasillo y le asestó ocho puñaladas, cinco de ellas en la cabeza. Cabe destacar que todo ello lo cometió en presencia de la hija de ambos.

En general, en casos de homicidio o tentativa de homicidio de un progenitor contra otro se opta por una suspensión del régimen de visitas y una inhabilitación de la patria potestad del agresor. El consenso jurisprudencial se debe a la gravedad de la conducta.

- **Otros delitos:**

A diferencia de lo que ocurre con el homicidio, cuando se trata de condenas por malos tratos u otros delitos más leves la jurisprudencia durante mucho tiempo no parecía ponerse de acuerdo. Cuando el padre estaba en la cárcel poco tiempo, se suspendía el régimen para evitar que el niño visitase el centro penitenciario. Sin embargo, si debía permanecer algunos años, se preveía un régimen de visitas restringido y con todas las garantías.⁵²

La STS de 13 de mayo de 2016 decide suspender el ejercicio de la patria potestad y las visitas para un padre que estaba en la cárcel por un delito continuado de amenazas, muchas veces cometido en presencia de los hijos. Sin embargo, mantiene un régimen de comunicación por teléfono durante el tiempo en el que el progenitor esté en prisión. A pesar de fallar de esta forma, el Tribunal Supremo también aclara: “es desproporcionado supeditar la posibilidad de alterar el sistema de comunicaciones, a la plena libertad del recurrente, pues habrá de permitirse que pueda instarlo desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional. En caso contrario, no podría ver a los menores en el centro penitenciario (en el que ya no estaría), ni mediante otro sistema de visita.” Es decir, le da la posibilidad al padre de pedir la reanudación del régimen de visitas cuando consiga la libertad condicional o tercer grado para evitar que se quede sin vías para solicitar este régimen.

Más relevante es la anteriormente citada STS de 26 de noviembre de 2015⁵³, en la que el Tribunal sienta doctrina y establece que “el juez o tribunal puede suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.” Es decir, en los últimos años se tendía a suspender el régimen de visitas salvo que el interés del menor aconsejara lo contrario.

⁵² MÚRTULA LAFUENTE, V, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson S.L, Madrid, 2016.

⁵³ En este caso, el tribunal suspende el régimen de visitas respecto a la hija menor de un padre que había sido condenado por malos tratos a su esposa y a su hija mayor

A pesar de que los casos analizados hasta ahora optaron por suspender, al menos temporalmente, el régimen de visitas, no todos fallan en este sentido. Por ejemplo, la SAP de Lugo (Sección 1ª) 116/2017 de 5 abril decide no suprimir las visitas intersemanales entre el padre y el hijo, como pedía la madre, a pesar de haber sido condenado el padre por dos delitos de maltrato sin lesión, un delito de maltrato con lesión y un delito de maltrato habitual contra la madre del menor. Como justificación a su decisión, la Audiencia Provincial dice: “El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor.” Además, establecen que la suspensión del derecho de visitas es potestativa y no imperativa. Critican que solo se pide la suspensión de las visitas intersemanales y no de todo el régimen, y que “en ningún caso el padre fue acusado de ejercer violencia con la menor.” Asimismo, indican que quien lleva a cabo las entregas y recogidas del menor es la abuela paterna, a fin de evitar el incumplimiento de la orden de alejamiento del padre y posibles enfrentamientos entre los progenitores.

Donde todos los órganos judiciales están de acuerdo es en los casos en los que hay ataques directos hacia los menores. En este sentido, la STS de 21 de noviembre de 2005⁵⁴ establece 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”.

En este mismo sentido, la ya citada STS de 26 de noviembre de 2015 indica que: “A la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.” Esto es, aunque aquí opta por suspender el régimen de visitas porque el juez que dictó la sentencia recurrida no especificó cómo se tenía que llevar a cabo el régimen restrictivo, deja abierta la posibilidad de establecer un régimen en estos casos, pero siempre restrictivos y con garantías de seguridad e integridad de los menores.

⁵⁴ El padre había sido condenado penalmente por causarle lesiones al hijo.

En realidad, la clave de la cuestión está en que algunos consideraban que los ataques hacia las madres de los menores no suponían ataques a los menores en sí. Como hemos visto, en los casos en los que había violencia directa hacia los hijos, nadie ponía en duda que era necesario suspender el régimen de visitas. Por otro lado, cuando esta violencia estaba dirigida hacia sus madres, surgían opiniones divididas, salvo en casos muy graves como los de homicidio o tentativa de homicidio. La nueva reforma que analizaremos a continuación ya no permite estas “dudas” u “opiniones divididas”, ya que, salvo excepciones, el juez deberá suspender el régimen de visitas.

5. RÉGIMEN DE VISITAS TRAS LA LEY 8/2021

5.1 Rasgos generales de la ley

El 3 de junio de 2021 se publicó en el BOE la Ley Orgánica 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Como su propio nombre indica, su principal objetivo es reformar radicalmente la consideración jurídica de las personas con discapacidad, permitiéndoles un mayor rango de libertades y autonomías⁵⁵. Así, respecto a los mayores de edad con discapacidad se eliminan figuras tan rígidas como la tutela⁵⁶ o la patria potestad, así como los términos de “incapacitado” o “persona con la capacidad modificada judicialmente”. Sin duda, esta ley supone todo un avance en la consecución de los derechos de las personas con discapacidad, pero no es mi intención centrarme en ella en su conjunto, sino solo en lo relevante al régimen de visitas.

Es interesante destacar que los dos apartados del artículo 94 CC que han causado más polémica solo se incluyeron hacia el final de la tramitación legislativa. No estaban presentes ni en el Proyecto de Ley ni cuando se tramitó ante el Congreso. Fue el Senado el que aprobó la propuesta de modificación que añadía.⁵⁷

5.2 Reformas introducidas en el artículo 94 CC:

El artículo segundo apartado 10 de la Ley 8/2021 de 2 de junio introduce una importante modificación en el artículo 94 del Código Civil. En primer lugar, regula de diferente forma el régimen de visitas con los menores y con los hijos con discapacidad.

⁵⁵ Exposición de motivos de la Ley 8/2021 de 2 de junio.

⁵⁶ Artículo 199 de la Ley 8/2021 de 2 de junio.

⁵⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “Examen de las reformas legales en materia de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica por la Ley 8/2021”, Lefevre, 2021.

Antes de la reforma, era obligatorio establecer un régimen de visitas en ambos casos. Lo podían determinar los progenitores de mutuo acuerdo a través del convenio regulador, siempre aprobado por el juez. En su defecto, el juez se debía pronunciar de oficio sobre el mismo. Tras la reforma, se mantiene este sistema para los hijos menores de edad, pero para los hijos mayores de edad o emancipados con discapacidad deberá haber una solicitud a instancia del progenitor no custodio para que se fije el régimen de visitas. Es decir, se suprime para ellos el establecimiento de oficio⁵⁸.

Además, en su apartado tercero incluye una mención expresa del derecho de los hijos a ser oídos al indicar que: “La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal.” Seguidamente, repite las causas generales de suspensión o limitación del régimen de visitas que establecía el artículo antes de la reforma, pero con un leve cambio. En lugar de tener que concurrir “graves” circunstancias que lo aconsejen, deben concurrir circunstancias “relevantes” que lo aconsejen. Esto es, se elimina la connotación de grave y se añade la de relevantes. Aun así, al igual que “grave”, el término “relevantes” es poco concreto, por lo que será el juez el que lo deba determinar en cada caso, volviéndose así discrecional.

Por otro lado, la ley amplía el número de personas que podrían gozar del derecho de comunicación y visita (apartado 6º). A partir de su entrada en vigor, el juez podrá establecer este régimen, además de con los abuelos, los hermanos, parientes o allegados del menor de edad o del mayor de edad con discapacidad. Todo ello, como se establecía anteriormente, siempre que medie su consentimiento, ya que no es su deber. Al final del apartado se hace un tratamiento diferenciado del menor de edad y del mayor de edad con discapacidad, ya que el juez deberá atender al interés del primero, pero a la voluntad, deseos y preferencias del segundo. Esto es una clara muestra del principal objetivo de la ley, que es darle autonomía a las personas con discapacidad.

Sin embargo, lo realmente interesante para el presente trabajo son los dos apartados siguientes (4 y 5), que añadió como novedad esta ley. Mientras que el anterior artículo 94 del Código Civil no enunciaba ninguna causa específica de suspensión o limitación, el nuevo sí que lo hace, y en relación con la violencia intrafamiliar. El nuevo artículo 94 desarrolla tres causas principales de suspensión o no de no establecimiento

⁵⁸ Apartados 1 y 2 del artículo 94 del Código Civil tras la reforma.

del régimen de visitas. Las dos primeras (apartado 4º) admiten excepciones basada en el interés superior del menor, pero la última (apartado 5º) es imperativa siempre.

5.2.1 Suspensión con excepción

El apartado 4º expresa que: “No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.”

Antes de esta reforma, la violencia de género y la violencia doméstica podían ser causas de suspensión o limitación del régimen de visitas, pero se encuadraba dentro de una causa más general, que era la de “graves circunstancias que lo aconsejen”. A raíz de la reforma, la violencia doméstica y de género se configuran como causas expresas y específicas de suspensión (que no de limitación). Este apartado equipara dos situaciones distintas pero similares: que el progenitor esté incurso en un proceso penal (así es, con previa denuncia) o que existan indicios fundados de este tipo de violencia. Uno podría pensar que el hecho de que se haya interpuesto una denuncia es en sí mismo un indicio fundado, pero este apartado decide separarlos, aunque les da el mismo tratamiento jurídico.⁵⁹

Por otra parte, la redacción crea cierta confusión porque al principio solo menciona el régimen de visitas y estancias, pero no el de comunicación. Por ello, podríamos pensar que el régimen de comunicación subsiste aunque se den estas circunstancias, al ser el que menos contacto implica entre el progenitor y su hijo. Sin embargo, si seguimos leyendo el apartado, cuando éste habla de la potestad del juez de

⁵⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N, “Discapacidad y Derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas”, *El nuevo Derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento*, La Ley, Salamanca 2021, p.337

establecer el régimen en base al interés del menor, sí que alude al régimen de comunicación.⁶⁰ Por ello, no queda claro si se suspende el régimen de comunicación o no.

Por otro lado, la apreciación de indicios de violencia doméstica o de género por parte del juez como causa de suspensión ha suscitado ciertas dudas a la doctrina. Por ejemplo, Ortega Calderón se pregunta cómo va a poder valorar el juez si hay indicios de violencia cuando no hay siquiera proceso penal abierto, ya que es posible que los propios progenitores se nieguen a declarar. Además, el hecho de que el juez suspenda el régimen de visitas por una convicción fundada en indicios de delito nos hace plantearnos si quizás se está vulnerando en el proceso civil el derecho a la presunción de inocencia sin las garantías propias del proceso penal.⁶¹ Hasta el momento, no hay apenas sentencias que decreten la suspensión del régimen de visitas en base a indicios fundados de la existencia de violencia intrafamiliar.

Sin embargo, sí que hay sentencias que se pronuncian sobre este nuevo artículo. Por ejemplo, la SAP de Asturias (Sección 5ª) 90/2022 de 17 marzo⁶², ante la habitualidad y gravedad del delito de maltrato que había cometido el padre, indicó que: “debe concurrir una prueba suficientemente sólida para justificar que las legales consecuencias previstas para preservar al menor de aquella situación lesiva para su seguridad y libertad deben ceder en el caso ante otras que avalen la conveniencia para el menor del establecimiento o mantenimiento de un régimen de visitas con el progenitor investigado o condenado por la comisión de uno de aquellos delitos. (...) Es cierto que la continuidad de un determinado régimen durante un tiempo prolongado sin incidencias puede constituir un elemento de juicio que debe ser valorado junto con otros para determinar cuál ha de ser el interés preferente del menor, que actualmente tiene cuatro años, pero no puede fundarse exclusivamente en éste.” La SAP de A Coruña (Sección 4ª) 512/2021 de 27 diciembre también suspende temporalmente el régimen de visitas a un padre condenado por delito continuado de injurias contra la madre hasta que el Juzgado de Primera Instancia evalúe

⁶⁰ORTEGA CALDERÓN, J.L, “La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio”, *Diario La Ley*, N° 9892, 2021, pp. 9 – 10

⁶¹ORTEGA CALDERÓN, J.L, “La suspensión del régimen de visitas.., op., cit., pp.11-12

⁶² En este caso, el padre solicitaba la modificación del régimen de visitas acordado en el convenio regulador, ya que al ser condenado por delito de maltrato habitual familiar se le impuso la pena de prohibición de comunicación y de aproximación a la madre de los hijos, lo que le imposibilitaba cumplir el régimen de visitas. Ante esto, la madre solicitó la suspensión del régimen de visitas en amparo del artículo 94 CC. El Juez de Primera Instancia suspendió el régimen, pero el padre apeló porque consideraba que el interés del menor era estar con ambos progenitores. Finalmente, la Audiencia Provincial suspendió el régimen.

la situación de la relación paternofilial. Por otro lado, la SAP de Pontevedra (Sección 6ª) 519/2021 de 9 diciembre suspende el régimen de visitas a un padre condenado por un delito de maltrato habitual contra su ex esposa, alegando la Audiencia que además había clara falta de interés del padre por relacionarse con sus hijos porque ni siquiera acudió al proceso. Estos casos son ejemplos de la aplicación de la suspensión automática prevista en el 94.4 CC.

En sentido contrario se pronuncia la SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) 489/2021 de 21 octubre, en un caso en el que el padre había sido condenado por delito de maltrato habitual contra la madre, y en el que se decía que sus hijos sentían miedo en su compañía. La Audiencia decide mantener el régimen de visitas limitado que se estaba desarrollando porque del conjunto de informes que se realizaron sobre las visitas, se podía deducir una evolución positiva que beneficia al interés del menor. Este es un claro ejemplo de la excepción a la suspensión que contempla el 94.4 CC, que supone una facultad discrecional del juez.

5.2.2 Suspensión sin excepción

Por su parte, el quinto apartado del artículo 94 dice así: “No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.” Como podemos observar, esto ya es un mandato imperativo en el que no cabe excepción alguna. Si alguno de los progenitores se encuentra en prisión por delitos relacionados con la violencia de género o doméstica, el juez deberá suspender el régimen de visitas. No podrá alegar ninguna excepción, ni siquiera relacionada con el interés superior del menor.

La doctrina ya se ha pronunciado en sentido crítico a esta medida, indicando que en el derecho de familia no debería haber una regulación tan taxativa y automática donde no se tenga en cuenta en el caso concreto el interés del menor o las voluntades, deseos o preferencias del mayor de edad con discapacidad.⁶³

Cabe puntualizar que el apartado solo se refiere al “no establecimiento del régimen” en casos en los que no estuviera previamente establecidos, pero no dice nada acerca de la suspensión. En consonancia con el objetivo que persigue la norma, lo más lógico es

⁶³ RODRÍGUEZ ELORRIETA, N, “Las personas discapacitadas y el derecho de los progenitores a relacionarse con ellas”, *Diario La Ley* Nº 9904, 2021.

asumir que esto es debido a un error de redacción, ya que el artículo opta por suspender el régimen de visitas en los casos anteriores, que son más “leves”.

Como último apunte, cabe decir que este apartado solo se aplica cuando el progenitor está en prisión por alguno de los delitos contenidos en el artículo. Por ello, si el progenitor está en prisión por otro tipo de delitos, podrá subsistir el régimen de visitas si el juez lo cree aconsejable. De este modo, la SAP de Cádiz (Sección 5ª) 1056/2021 de 13 octubre no suspende definitivamente el régimen de visitas, comunicación y estancia a un padre que ingresó en prisión por un delito distinto, porque “no ha resultado suficientemente acreditado que el superior interés de la menor quede protegido con la gravosa medida de suspensión del régimen de visitas”. Sin embargo, sí que suspende el régimen hasta la salida de prisión del progenitor.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA: El régimen de visitas se configura como un verdadero derecho-deber del progenitor y un derecho del hijo cuyo principal fin es mantener las relaciones paterno-filiales y procurar un desarrollo adecuado de los hijos.

SEGUNDA: Los hijos mayores de 12 años deberán ser oídos en aquellos procedimientos que les afecten, mientras que los menores de 12 podrán ser oídos. Sin embargo, la opinión de ambos respecto al régimen de visitas no es vinculante para el juez, que siempre decidirá en base al interés superior del menor.

TERCERA: El artículo 94 del Código Civil anterior a la reforma de la Ley Orgánica 8/2021 de 2 de junio contemplaba la limitación o suspensión del régimen de visitas en dos ocasiones: si concurrían graves circunstancias que lo aconsejaban o si los progenitores incumplían sus deberes de forma grave y reiterada. La violencia de género y la violencia doméstica no eran causas expresas de modificación del régimen, sino que en estos casos eran los jueces quienes decidían en base al interés superior del menor.

CUARTA: El concepto de violencia doméstica es más amplio que el de violencia de género porque incluye a todas las personas que conviven con el autor del delito y a la persona que sea o haya sido su cónyuge o que esté o haya estado ligado con él por una análoga relación de afectividad al matrimonio. Por otro lado, los sujetos pasivos de los delitos de violencia de género solo son estos últimos, y además se requiere que la violencia sea de un hombre hacia una mujer y que manifieste discriminación, desigualdad

o relaciones de poder. La Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio ha ampliado el concepto de violencia de género a aquella violencia que se ejerce sobre los familiares o allegados menores de edad de las mujeres con el propósito de hacerles daño a ellas.

QUINTA: El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que se construye de manera jurisprudencial y que está vinculado al buen desarrollo de la personalidad de los menores. El término “superior” indica que, si choca con otros intereses, siempre primará el del menor. Además, este interés debe ser tenido en cuenta en todos los procedimientos que les afecten.

SEXTA: La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género supuso un gran avance en la protección de las mujeres contra la violencia de género, pero no resultó del todo satisfactoria porque no reconocía a los hijos como víctimas de esta violencia. Tras su entrada en vigor fueron surgiendo numerosos estudios que demostraban que a los niños les afecta esta violencia aunque no sufran agresiones directamente. Solo el hecho de vivir en un entorno conflictivo les provoca problemas en todos los ámbitos de su vida, y muchos normalizan e imitan patrones de conducta violentos.

SÉPTIMA: La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio modifica la regulación del régimen de visitas y establece que cuando el progenitor sea inculcado por violencia de género, el juez puede suspender el régimen de visitas y, si no lo hace, deberá pronunciarse sobre la manera en la que se desarrollará para proteger al menor. Con esta ley comienza la concepción del menor como víctima directa de violencia de género.

OCTAVA: En casos de indicios de violencia de género los jueces no suspendían el régimen de visitas salvo que el progenitor fuera violento con sus hijos o que existiese un peligro concreto y real o riesgo indudable para la integridad del menor. Por otro lado, si el progenitor ya estaba procesado, se pasó de no suspender las visitas y primar el derecho del progenitor a relacionarse con su hijo, a suspenderlas con mayor frecuencia y primar la seguridad e integridad del menor. Por último, la condena del progenitor por delitos de violencia de género tenía un impacto distinto en el régimen de visitas según el tipo de delito que se hubiese cometido. En casos de homicidio o tentativa de homicidio, la inmensa mayoría de los jueces suspendían las visitas por la gravedad de la conducta. Sin embargo, la jurisprudencia era más dispar en otros delitos. Aun así, en los últimos años

se solía optar por suspender el régimen de visitas salvo que el interés del menor aconsejara lo contrario.

NOVENA: La Ley Orgánica 8/2021, de 2 de junio ha modificado el artículo 94 del Código Civil en materia de violencia intrafamiliar. El nuevo artículo establece que, si se aprecian indicios de violencia de género o doméstica o el progenitor está incurso en un proceso penal por estos motivos, el juez deberá suspender el régimen de visitas salvo que emita una resolución motivada basada en el interés superior del menor. Por otra parte, si el progenitor está en prisión (provisional o por sentencia firme) por delitos relacionados con estos tipos de violencia, el juez deberá suspender el régimen de visitas sin excepción. Esta reforma sin duda es un intento de avanzar en la protección de los menores contra la violencia, pero apenas deja margen discrecional al juez para modificar el régimen de visitas según el interés superior del menor. De hecho, si el progenitor está en prisión por algún delito de violencia intrafamiliar, el juez en ningún caso podrá mantener el régimen de visitas aunque considere que el interés superior del menor así lo aconseja.

7. BIBLIOGRAFÍA:

7.1 Obras doctrinales:

ARNAU MOYA, F, “Oposición sin causa de los menores al régimen de visitas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020.

AUGUSTYN, M; ZUCKERMEN, B, “Repercusión de la violencia en los niños”, *Nelson Tratado de Pediatría*, edición 17, 2004.

BERROCAL LANZAROT, A.I, “Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Anuario de derechos humanos* núm. 6, 2005.

CALVO CABELLO, J. L., *Derecho de visita. Teoría y praxis. Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas*, Eunsa, Pamplona, 1982.

CHAPARRO MATAMOROS, P, “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

CRUZ GALLARDO, B, *La Guarda y Custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

DE COUTO GÁLVEZ, R (coord...); CABRERA MARTÍN, M, "Violencia doméstica y de género" *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*, Dykinson, Madrid, 2018.

DE COUTO GÁLVEZ, R, *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*, Dykinson S.L, Madrid, 2018.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “Examen de las reformas legales en materia de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica por la Ley 8/2021”, Lefevre, 2021.

HORNO GOICOECHEA, P, “Atención a los niños y niñas víctimas de la violencia de género: Análisis de la atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en el sistema de protección a la mujer”, Informe de *Save the Children*, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N, “Discapacidad y Derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas”, *El nuevo Derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento*, La Ley, Salamanca 2021.

MÚRTULA LAFUENTE, V, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson S.L, Madrid, 2016.

ORTEGA CALDERÓN, J.L, “La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio”, *Diario La Ley*, N° 9892, 2021.

PATRÓ HERNÁNDEZ, R; LIMIÑANA GRAS, R.M, “Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas”, *Anales de Psicología / Annals of Psychology Vol. 21 Núm. 1*, Universidad de Murcia, Murcia, 2005.

PELCOVITZ, D; KAPLAN, S. J, “Child witnesses of violence between parents: psychosocial correlates and implications for treatment”, *Child and Adolescent Psychiatric Clinics of North America*, 1994.

REYES CANO, P, “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, *Anuales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2015.

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

RODRÍGUEZ ELORRIETA, N, “Las personas discapacitadas y el derecho de los progenitores a relacionarse con ellas”, *Diario La Ley* N° 9904, 2021.

Relaciones Paterno-Filiales, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2019.

7.2 Jurisprudencia:

STEDH 13 de julio de 2000, Elsholz vs. Alemania.

STC 176/2008 de 22 de diciembre.

STS de 26 de diciembre de 2002.

STS de 21 de noviembre de 2005.

STS de 12 de mayo de 2009.

STS de 11 de febrero de 2011.

STS del 22 de julio 2011.

STS de 10 de julio de 2015.

STS de 30 de septiembre de 2015.

STS de 26 de noviembre de 2015.

STS de 13 de mayo de 2016.

STS de 16 de mayo de 2017.

STS de 11 de abril de 2018.

STS de 18 de abril de 2018.

STS del 24 de mayo de 2018.

STS de 8 de octubre de 2019.

SAP de Barcelona (Sección 12ª) 298/2000 de 18 de octubre.

SAP de Albacete 292/1993 de 1 de marzo.

SAP de Valencia (Sección 7ª) 448/1995, de 22 septiembre.

SAP de Salamanca 30/2002 de 23 de enero.

SAP de Madrid (Sección 24ª) 482/2003 de 22 de mayo.

SAP de Ávila (Sección 1ª) 170/2004 de 4 octubre.

SAP de Madrid (Sección 24) 185/2006, de 15 de febrero.

SAP de Murcia (Sección 1ª) 271/2006, de 3 de julio.

SAP de Málaga (Sección 6ª) 22/2009 de 16 de enero.

SAP de Tenerife (Sección 1ª) 19/2012, de 16 de enero.

SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) 313/2014 de 16 de diciembre.

SAP de Lugo (Sección 1ª) 94/2016 de 24 febrero.

SAP de Lugo (Sección 1ª) 116/2017 de 5 abril.

SAP de Valencia (Sección 10ª) 567/2019 de 18 de septiembre.

SAP de Madrid (Sección 22ª) 825/2019 de 7 de octubre.

SAP de Cádiz (Sección 5ª) 1056/2021 de 13 octubre.

SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) 489/2021 de 21 octubre.

SAP de Pontevedra (Sección 6ª) 519/2021 de 9 diciembre.

SAP de A Coruña (Sección 4ª) 512/2021 de 27 diciembre.

SAP de Asturias (Sección 5ª) 90/2022 de 17 marzo.

7.3 Recursos electrónicos:

Acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial
el 20 de marzo de 2020. Recogido de
<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acuerdos-del-CGPJ/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente-del-CGPJ-de-20-de-marzo-de-2020--Sesion-extraordinaria-10-30-horas->

Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de Familia de Barcelona en relación al estado de alarma de 18 de marzo de 2020. Recogido de
<https://www.aeafa.es/files/noticias/acuerdo-de-unificacio%CC%81n-criterios-familia-barcelona.-covid-19-18-de-marzo-de-2020.pdf>

Consulta 1/2008 de la fiscalía general del Estado del 28 de Julio. Recogido de
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-Q-2008->

[00001#:~:text=Consulta%201%2F2008%2C%20de%2028,153%20y%20173%20del%20C.P.](#)

Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG) del año 2021. Instituto Nacional de Estadística, 10 de mayo de 2022. Recogido de https://www.ine.es/prensa/evdvg_2021.pdf

IV Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2011. Recogido de https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/docs/libro_14_IV_InformeAnual.pdf

Informe sobre el grupo de trabajo de investigación sobre el llamado síndrome de Alienación Parental, aprobado por el Observatorio estatal de violencia sobre la mujer el 13 de julio de 2010 y por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial). Recogido de https://violenciagenero.igualdad.gob.es/va/violenciaEnCifras/observatorio/gruposTrabajo/docs/ALIENACIONPARENTAL_cap2_lib7.pdf

Macroencuesta de Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del año 2011 Recogido de https://www.lamoncloa.gob.es/Documents/0ada-074d-principales_resultados_macroencuesta_2011.pdf, visitado el 20 de junio de 2021

Observación nº13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser sujeto a ninguna forma de violencia del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Recogido de <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=1&subs=23&cod=653&page=>

Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Naciones Unidas, Ginebra, 2013. Recogido de https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990

<https://www.divorcios.me/cambio-residencia-progenitor-custodio-hijos/>, visitado el 13 de junio de 2022.

<https://oderizabogados.es/cambio-domicilio-progenitor/#:~:text=El%20progenitor%20custodio%20no%20puede,incluso%20ir%20a%20la%20c%C3%A1rcel>, visitado el 13 de junio de 2022.

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/2022/VMortales_2022_06_09-21_Anuar.pdf, visitado el 15 de junio de 2022.

<https://www.divorcios.me/incumplimiento-regimen-de-visitas/> , visitado el 19 de junio de 2022.

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/asistenciaSocial/recursos/orden/home.htm#:~:text=La%20orden%20de%20protecci%C3%B3n%20es,a%20tipo%20de%20agresiones>, visitado el 21 de junio de 2022.

7.4 Legislación:

Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño.

Declaración sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer.

Resolución 2002/52 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

Resolución 1714 del Consejo de Europa

Convenio de Europa de 20 de mayo de 1980, en Luxemburgo.

Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980.

Decisión número 779/2007/CE.

Constitución Española.

Código Civil.

Código Penal.

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

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.

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

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.