

Análisis de la Ley 8/2021, de 2 de junio y su incidencia en el derecho de visita

Delia Rodríguez Rodríguez

Abogada de familia y mediadora

CEO de Vestalia Abogados de Familia

Secretaria de AMAFI (Asociación Madrileña de Abogacía de Familia e Infancia)

SUMARIO: 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE VISITA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 1.1 Marco jurídico internacional del derecho de los NNA a relacionarse con su familia. 2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA. 3. ANÁLISIS JURÍDICO DEL NUEVO ART. 94 DEL CÓDIGO CIVIL. 3.1 Interpretación analógica del art. 94 CC en relación con el art. 92. 7 CC. 3.2 Posible cuestión de inconstitucionalidad del art. 94 CC. 4. CONCLUSIONES.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE VISITA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El derecho de visita nace con la Ley de 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil³⁰¹ en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio en la que, además, aparece otro concepto totalmente novedoso: el interés superior del hijo común como criterio rector a la hora de atribuir la custodia.

Durante estos años, el derecho de visita ha ido evolucionando, adaptándose a las nuevas estructuras familiares y a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes (NNA), tomando también protagonismo en otros miembros de la unidad familiar, como los abuelos, los tíos o los hermanos de vínculo simple.

En sus orígenes legislativos, la naturaleza de esta figura se planteó para garantizar la relación del progenitor no custodio con los hijos quienes, de forma casi automática, quedaban en compañía de la madre.

Sin embargo, en lo que se refiere a la posibilidad real de establecer una custodia compartida, esta ley apenas resultó novedosa pues, tal y como se establece en el artículo 159 del Código Civil, solo se permitía este tipo de régimen en determinados supuestos, y siempre y cuando los progenitores hubiesen alcanzado un acuerdo.

Unos años más tarde, llegó la Ley de 11/1990 de 15 octubre³⁰², sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que pretendía un desarrollo constitucional a favor del principio de igualdad del art. 14 y 32 de la Carta Magna. A este fin se modifica el art. 159 del Código Civil.

El derecho de visita está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho/deber otorgado al progenitor no custodio tras la ruptura matrimonial o de la pareja; pero no debemos olvidar que se trata --incluso por encima del primero--, de un

derecho de los niños a relacionarse con ambos progenitores y a disfrutar de una infancia plena.

Así se viene considerando, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que el derecho de visita debe concebirse como un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no solo tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado.

En este mismo sentido se consolida en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el artículo 39.2 CE, y de los artículos 1, 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³⁰³, así como en la Convención sobre los Derechos de la Infancia, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Resolución de 29 de mayo de 1967, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Como consecuencia, no procede limitar el contacto de los hijos con los progenitores que no ostentan su custodia, salvo que concurran motivos reales y probados que lo aconsejen, sin perjuicio de las ulteriores modificaciones que puedan solicitarse si el interés del menor así lo requiere.

Durante las últimas décadas, el derecho de visita se ha ido transformando (en ocasiones con más lentitud de lo deseable), adaptándose a los nuevos roles familiares, de forma que, hoy día, el espíritu de este concepto va mucho más allá de la simple potestad para estar con los hijos en momentos puntuales recogidos en una resolución judicial.

Dejando al margen los razonamientos jurídico-técnicos, lo cierto es que la práctica nos demuestra que, en ocasiones, el ejercicio de este derecho-deber es causa de batallas campales entre los progenitores, en las que los menores son utilizados como arma arrojada al servicio de intereses ajenos al suyo propio.

Pero esto no es una novedad, sino que ya en 1994, como una especie de premonición, Santiago Carretero Sánchez, doctor en derecho, apuntaba a la necesidad de un cambio en la institución del derecho de visitas, poniendo de relieve la conducta reprobable de aquellos excónyuges que aprovechaban este derecho de los hijos para transmitirse su rencor, empleando a los menores como armas arrojadas contra el otro progenitor, «como si fuesen una mercancía de intercambio, con los consiguientes graves traumas que pueden hacerse irreversibles al llegar a la madurez».

El transcurso del tiempo también ha ido ampliando el alcance del derecho de visita, siendo frecuente hoy día recibir solicitudes judiciales por parte de otros miembros de la familia distintos a los progenitores (abuelos, tíos, exparejas estables, allegados).

En este sentido tuvo una especial trascendencia el Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001-2004) aprobado por el Consejo de Ministros el 8 de noviembre de 2001, que preveía, entre otras medidas, garantizar el derecho de visita de los abuelos a sus nietos en caso de divorcio o separación.

Como respuesta a esta previsión, el Congreso aprobó la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos³⁰⁴, por la que se modifican los arts. 90 art. 90 CC, 94 art. 94 CC, 103 art. 103 CC, 160 art. 160 CC y 161 CC art. 161 CC.

La reciente reforma del Código Civil, que abordaremos parcialmente en este capítulo, ha traído importantes modificaciones que, si bien tienen por objeto la protección de la infancia, lo cierto es que su estricta aplicación podría conllevar la vulneración de derechos fundamentales de las partes implicadas, especialmente de los niños.

1.1 Marco jurídico internacional del derecho de los NNA a relacionarse con su familia

El derecho-deber de comunicación parte del principio de que los menores son sujetos de derecho y, en consecuencia, titulares del derecho a relacionarse de forma regular y permanente con ambos progenitores.

La entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989 ha provocado transformaciones trascendentales en materia de derecho de la infancia y adolescencia. A partir de su aprobación, los Estados iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral de los menores.

Concretamente, la Convención reconoce en su artículo 9.3 que «Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

No obstante, el derecho de los NNA a mantener el contacto con sus progenitores está expresamente limitado precisamente por su interés superior, una salvedad que se inspira en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño.

En esta misma línea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reconoce expresamente en su artículo 24, apartado 3, el derecho de todo niño o niña a mantener un contacto «con su padre y con su madre». Concretamente, esta disposición sostiene que el contacto con ambos progenitores debe mantenerse de forma periódica, permitiendo y potenciando el desarrollo de las relaciones personales, las cuales deben ser directas.

Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en su art. 8, consagra el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar.

Así se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Neulinger y Shuruk v. Suiza*, al afirmar que es interés del niño o niña que se mantengan los lazos familiares, añadiendo que el derecho de los progenitores a mantener un contacto regular con sus hijos sigue siendo un elemento que debe ser tomado en consideración a la hora de determinar el interés superior del menor.

De todo ello se determina que los lazos familiares, y por ende la comunicación continuada entre el progenitor y los hijos, es un elemento fundamental para asegurar el bienestar y desarrollo óptimo de los NNA.

En este sentido, el Tribunal, en su caso *Gnahoré v. Francia*, se ha mostrado partidario de hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si es posible «reconstruir la familia».

Otro ejemplo de ello sería el asunto *R.M.S. contra España* nº 28775/12, 18 de junio de 2013, por el que TEDH dicta sentencia de fecha 18 de junio de 2013 en la cual se recoge que «una medida que impida al niño mantener una relación personal y, periódicamente, contacto directo con ambos progenitores sólo puede justificarse por otro interés del niño de tal importancia que prevalezca sobre el interés subyacente a ese derecho fundamental».

Entre otros casos, también resulta destacable la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 23 de diciembre de 2009, asunto *C-403/09 PPU*, el asunto *Mustafa y Armagan Akin contra Turquía*, por la que se considera que la decisión del tribunal nacional de separar a los dos hijos constituía una vulneración del derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pues no sólo impedía que los dos hermanos se vieran, sino también que su padre pudiera disfrutar de la compañía de ambos al mismo tiempo.

2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA

La protección del interés del menor representa una cuestión de orden público (por lo que no rige el principio de justicia rogada); esto implica que sus derechos son fundamentales y deben ser protegidos de forma prioritaria y preferente.

Es decir, jueces y fiscales deberán guiarse por este principio rector según establecen los arts. 53 CE y el art. 5 LOPJ, tomando las determinaciones necesarias para asegurar su adecuada protección.

Concretamente el art. 39 de la CE recoge que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», así como «la protección integral de los hijos», quienes gozarán «de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Asimismo, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la modificación operada por La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia recoge que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley, y demás normas que le afecten, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

En sintonía con lo anterior el legislador plasmó en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, la importancia de preservar el favor filii en los procesos que afecten a los NNA: «el interés del hijo, principio rector en nuestro derecho de familia, vertebrada un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones (...)».

El interés superior de los NNA, por tanto, es el factor más importante y condiciona todos los demás para relativizarlos y determinar en qué sentido ha de producirse el pronunciamiento judicial. Servirá tanto para conceder la relación, como para impedirla, pues la justa causa más relevante de concesión o de denegación de la relación será que sea favorable o perjudicial para el menor³⁰⁵.

En otras palabras, las medidas judiciales que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor³⁰⁶.

A la hora de determinar y discernir el interés superior del menor se debe llevar a cabo la ponderación de ciertos criterios generales, los cuales son los expuestos en el artículo 2 de Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio³⁰⁷, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Respecto de los referidos principios y criterios de ponderación, anteriormente indicados, se ha pronunciado el Alto Tribunal³⁰⁸ al establecer en su fundamento de derecho tercero que, según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior de los NNA tiene tres dimensiones:

«A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...».

El derecho de los NNA a relacionarse con sus progenitores, y a desarrollarse y crecer en su compañía, como hemos anticipado, toma una especial relevancia en los casos de separaciones y divorcios, tornándose una prioridad el garantizar esto mismo por encima de cualquier otro derecho de los adultos.

Como consecuencia directa de este derecho fundamental de adultos y menores, cualquier restricción o suspensión del derecho de visitas de los progenitores con los hijos debería acordarse por los tribunales cuando se dieran las causas y las pruebas para ello, entendiéndose como una medida ciertamente excepcional que, en todo caso, debe estar debidamente motivada.

3. ANÁLISIS JURÍDICO DEL NUEVO ART. 94 DEL CÓDIGO CIVIL

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la redacción del art. 94 del CC partía de la premisa de garantizar, como norma general, el derecho de visitas y comunicaciones del progenitor que no tuviera consigo a los menores: «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».

En caso de desacuerdo entre las partes, «el Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho». Únicamente podrá limitarse este derecho, limitándolo o suspendiéndolo, «si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

Esto es, la anterior redacción del art. 94 CC, no solamente contemplaba la suspensión de las visitas de forma excepcional, en casos graves y reiterados, sino que, además, permitía la posibilidad de restringir o tutelar por la administración estas visitas, en vez de suspenderlas, garantizando así la doble protección de los menores.

Sin embargo, el actual texto del art. 94 CC ha dado un peligroso giro con respecto a la redacción del concepto normativo anterior.

En primer lugar, sorprende que se haya omitido el inicio del anterior «el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos», pasando directamente a estipular que «la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía».

Si proseguimos con su análisis, encontramos que el art. 94 CC, en su párrafo 4, determina 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».

Esto es, el vigente art. 94 CC, en su literalidad, determina que la norma a aplicar, de forma automática, debe ser la de suspender, o no fijar, visitas entre el progenitor y los

hijos, en aquellos casos en los que este se encuentre denunciado, eliminando, al menos a priori, la posibilidad de que el Juez adopte otra medida alternativa (visitas sin pernoctas, visitas tuteladas a través de un Punto de Encuentro Familiar, etc.).

Continúa el mismo párrafo 4 recogiendo que «tampoco procederá (el derecho de visitas) 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».

Es decir que, aun cuando no exista una denuncia, simplemente con el testimonio de una de las partes podría ser suficiente como para que se suspendan las visitas entre los hijos y el otro progenitor.

El actual precepto legal penaliza, de forma sistemática, al progenitor denunciado, o al que la otra parte, sin previa denuncia, tilde de maltratador en su testimonio, limitando el análisis del caso concreto bajo el prisma del interés superior del menor.

Lo anterior, en su estricta aplicación, podría significar una vulneración de derechos constitucionales en general, y un ataque frontal al principio de presunción de inocencia, en particular.

Existe otra lectura del análisis jurídico del controvertido art. 94 CC, de la cual extraemos que su literalidad encajona al principio de discrecionalidad del juzgador, sustrayéndole sus facultades decisorias, y, en consecuencia, contrariando a la exclusividad postulada por el art. 117.3 CE.

Dando un paso más allá, llegamos a la conclusión de que ni siquiera el Fiscal podría desempeñar en esta coyuntura, con plenas garantías, su tarea legal de salvaguarda del interés de los menores en los procesos civiles.

Analizada la generalidad de la norma, que es la suspensión o no fijación de visitas, cabe detenernos ante el único resquicio que el legislador nos ha ofrecido, también dentro del mismo inciso del art. 94 CC:

«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».

Esto es, se condiciona el establecimiento de un régimen de visitas a que dicha medida sea acorde al interés superior del menor y a sus deseos (debiendo motivarse esto mismo), así como a la «previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial».

El legislador ha sido poco específico en cuanto a determinar qué se entiende por «evaluación de la situación de la relación paterno-filial», entendiéndose que se refiere, bien a la exploración judicial de los menores (con la posibilidad de contar con el auxilio de especialistas), bien a la evaluación pericial de la unidad familiar.

En cuanto al primero de los escenarios, no existirá problemática si nos encontramos ante menores de edad con suficiente juicio y madurez; en caso contrario, con menores de

corta edad, entiendo que, en base a las últimas reformas legales, podría solicitarse la colaboración de un especialista durante la exploración judicial para hacerla lo más accesible y cómoda posible para los niños. La cuestión es, ¿existirán recursos para llevar a la práctica esto de forma ágil y adecuada?

En cuanto a la segunda posibilidad, esto es, que se requiera el informe del equipo psicosocial como condición para establecer las visitas, representa un obstáculo difícil de superar teniendo en cuenta los tiempos de espera de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados, lo que podría significar periodos de incomunicación entre el progenitor y los hijos de más de un año, con los consiguientes perjuicios psíquicos para el menor (y el adulto).

Si ampliamos nuestro análisis a la jurisdicción penal, comprobamos que el legislador ha sido perceptiblemente más flexible a la hora de abordar la posible suspensión, o no fijación, de un régimen de visitas con los hijos menores.

Concretamente, el art. 544 ter de la LECrim, párrafo 7, reza que: «(...) cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él.

No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial».

Esto es, el art. 544 ter de la LECrim exige la existencia de indicios fundados de que los menores hayan presenciado, sufrido o convivido con la violencia, mientras que el art. 94 CC únicamente condiciona la suspensión de las visitas a la existencia de un proceso penal, o de indicios de violencia doméstica o de género, sin especificar nada más.

3.1 Interpretación analógica del art. 94 CC en relación con el art. 92. 7 CC

El art. 1.8 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, dio una nueva redacción al art. 92 del CC, el cual ha sido nuevamente reformado tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

El texto del nuevo apartado 7 del art. 92 tan solo se diferencia del anterior en la adición de la tres palabras finales; «o de género», incluyendo de este modo la violencia de género junto a la violencia doméstica como causa impeditiva del establecimiento de regímenes de custodia compartida.

Así, el art. 92.7 CC establece clara y taxativamente la prohibición de acordar la custodia compartida cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal por

atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge, o de los hijos que convivan con ambos.

Sin embargo, lo cierto es que la evolución jurisprudencial ha ido en la línea de flexibilizar los estrictos términos legales del articulado entendiendo que la mera denuncia no basta para excluir la guarda compartida, dictándose resoluciones judiciales en las que, en atención al interés del menor, se acuerda la custodia compartida aun habiéndose condenado al progenitor denunciado. En cuanto a las normativas autonómicas, estas también se han ido acogiendo a esta tendencia flexibilizadora de la norma estatal.

No cabe duda de que cuando existan elementos de violencia en un contexto familiar, se ha de obrar con escrupulosa cautela a la hora de acordar medidas en relación con los menores.

Como dictó de forma expresa el Tribunal Supremo en su Sentencia del 579/2011 de 22 de julio³⁰⁹, «(...) 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, etc. (...) todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor».

En la misma línea encontramos la Sentencia de 12 de abril de 2016³¹⁰, por la que el Alto Tribunal declara que «la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013».

Ante situaciones de violencia en materia de guarda y custodia de menores, no debe excluirse un régimen de custodia compartida, (ni tan siquiera de custodia individual) de manera automática sino, que nuestros tribunales deben examinar las circunstancias concretas del caso en atención al interés del menor.

En este sentido, resulta de interés traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra nº 4/2019, de 29 de marzo³¹¹, mediante la que la Sala anula la resolución en relación con la guarda y custodia de los menores otorgada a la madre por la Audiencia Provincial.

En este sentido, razona la Sala del TSJ de Navarra, que «es necesario analizar, en todo caso, la situación existente, y ello por varios motivos. Por un lado, por lo anteriormente expuesto, es decir, porque habiendo sentencia penal firme que no suspende la guarda del padre, no cabe derivar tal suspensión de normas civiles, es decir, que la guarda se le podría haber otorgado a él, y esta circunstancia no fue valorada por la Audiencia Provincial. Por otro lado, porque, aunque el criterio de la Audiencia respecto a las

normas civiles fuese aplicable, lo cierto es que también debería haberse hecho tal valoración del interés de los menores, y ello porque parece otorgar de forma automática la guarda a la madre por el simple hecho de que entiende que no puede hacerlo con el padre, como si no existieren otras opciones, o lo que es lo mismo, que la idoneidad de la madre para obtener la guarda también debió ser valorada».

De conformidad con el estudio de las diferentes resoluciones examinadas por el CGPJ para la publicación de la «Guía de criterios de actuación judicial en materia de guarda y custodia compartida», podemos decir que, constituyen criterios generales que deben ser tenidos en consideración por nuestros tribunales a la hora de tomar decisiones sobre patria potestad y/o custodia en situaciones de violencia sobre la mujer o violencia sobre menores los siguientes:

- Graves y reiterados incumplimientos de las obligaciones familiares.
- El tipo penal, la reiteración de los hechos, y la situación concreta de la pareja en el momento en que los hechos penales tienen lugar. Comisión de los hechos denunciados en presencia del menor.
- Existencia de patologías mentales en el investigado que impidan o dificulten el efectivo ejercicio de sus derechos y obligaciones como progenitor. Los antecedentes del progenitor investigado.
- La actitud del investigado (con el objetivo de obtener información sobre la vinculación del progenitor investigado con sus hijos y la preocupación por su interés y protección).
- La opinión de los menores y el informe del equipo psicosocial.

Asimismo, el CGPJ también menciona ciertos criterios que, en su opinión, deben tenerse en cuenta de manera particular si se plantea la posibilidad de adoptar una custodia compartida ante supuestos de violencia sobre la mujer y/o menores:

- Prioridad de aplicación, con fundamentación en cada caso concreto, del principio de interés del menor.
- Distinción entre la alta conflictividad con la existencia de episodios de violencia³¹².
- La mera existencia de una denuncia no es suficiente para denegar la posibilidad de una guarda compartida. De acuerdo con lo expresado por el CGPJ, «una medida limitadora de derechos, como es la recogida en el artículo 92.7 del Código Civil, ha de ser interpretada restrictivamente».

Analizado el recorrido del art. 92.7 CC, cabe pensar que el transcurso del tiempo llevará a los tribunales a flexibilizar en sus resoluciones el texto del art. 94 CC, debiendo interpretarse de forma restrictiva y reflexiva, y no automática, al tratarse de una medida limitadora de derechos fundamentales.

3.2 Posible cuestión de inconstitucionalidad del art. 94 CC

Lo cierto es que la nueva redacción del art. 94 CC ha sido duramente cuestionada por parte del sector especializado en derecho de familia.

Incluso, algunos juicios emitidos al respecto han dejado entrever una posible inconstitucional del precepto que guarda ciertas similitudes con la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912/2006 --promovida por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria--, declaró inconstitucional el inciso «favorable» contenido en el art. 92. 8.º del Código Civil.

Recordemos que el párrafo 8 del art. 92 CC, en su anterior redacción, condicionaba el establecimiento de la guarda y custodia compartida al informe favorable del Ministerio Fiscal.

Los fundamentos jurídicos aplicados entonces apelaban a la necesidad de que el beneficio del menor se constituya como el objetivo primordial a lograr en la fijación del sistema adecuado para su guarda y custodia (o régimen de visitas) debiendo ser la autoridad judicial quien, en última instancia, y con la colaboración inexcusable del fiscal, decida sobre este punto. Esto es, el juez queda comprometido únicamente por el superior interés del menor a la hora de acordar las medidas paternofiliales.

Siendo el derecho de familia una materia de interés público, debemos tener presente que este se encuentra fundamentado en el art. 39 CE, en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

No podemos perder de vista tampoco que el art. 39 CE obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa social, económica y jurídica de la familia, además de auxilio integral a la infancia.

Por ello, el juzgador, debe fundamentar sus decisiones siempre pensando en el interés superior de los NNA, en equilibrio con el de sus progenitores, estando legitimado para adoptar medidas encaminadas al bien del menor (arts. 158 CC, 752 LEC y 774.5 LEC).

De la misma forma, y más recientemente, se ha planteado la posible inconstitucionalidad del inciso primero del art. 92.7 CC. Así las cosas, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 15 de diciembre de 2020, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 4701-2020, planteada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 23-2020, en relación con el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil.

El automatismo implícito al nuevo art. 94 CC parece, cuanto menos, condicionar el principio de libre discrecionalidad del juzgador desde el momento en el que hace de la excepción (la no fijación o suspensión del derecho de visita) la norma general, obviando que se trata de una medida de orden público que debería ser facultativa, no automática.

4. CONCLUSIONES

La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio³¹³, concretamente la nueva redacción del art. 94 CC, ha hecho tambalear el consagrado derecho de visita y, en consecuencia, el favor filii, al convertir la excepción (no fijar o suspender las comunicaciones entre progenitores e hijos) en la norma a aplicar sistemáticamente.

Tras el análisis jurídico-técnico realizado, podemos concluir con que cualquier norma en relación con menores de edad debería ser facultativa, y no de aplicación automática, supeditada siempre al interés superior de los NNA.

En consecuencia, el automatismo de la norma contenida en el art. 94 CC podría resultar inconstitucional desde el momento en el que irrumpe en el principio de discrecionalidad de los jueces, condicionando su decisión a la previa evaluación de la situación paterno-filial, sin tampoco especificar con claridad el legislador a qué se refiere.

Esta falta de concreción puede ser un arma de doble filo, pues nos encontramos con tribunales que de forma automática están suspendiendo las visitas, supeditando la comunicación de los progenitores y los hijos a la realización del informe pericial por el equipo técnico.

En este punto nos encontramos con la problemática provocada por la escasez de recursos, y las listas de espera de los equipos técnicos, las cuales pueden traducirse en meses, incluso años de espera.

Por otro lado, no debemos perder de vista que las conclusiones del informe psicosocial, aunque resultan importantes, no son vinculantes para el Juez, y deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente.

Por tanto, ¿qué ocurrirá en aquellos casos en los que el informe no recomiende un régimen de visitas, ¿podrá el Juez adoptarlas si entiende que es acorde al interés de los menores, a pesar del contenido del art. 94 CC? Y en caso contrario, ¿tiene sentido el que esta prueba sea preceptiva, máxime teniendo en cuenta los tiempos de espera para su práctica? ¿Qué consecuencias psicológicas tendrá el periodo de incomunicación absoluta en las relaciones familiares, y en el adecuado desarrollo de los NNA?

La reforma legal ha llegado a nuestro ordenamiento jurídico no sin pocos interrogantes, y otras tantas críticas. Lo cierto es que no ha hecho falta mucho tiempo para que los juristas detectemos un incremento de denuncias entre progenitores con un claro ánimo instrumental, produciéndose verdaderos desastres familiares que, desde luego, son contrarios al interés de los NNA.

Tratándose de una norma totalmente novedosa, no podemos contar aun con suficientes resoluciones judiciales que arrojen luz sobre tanto desconcierto. Lo que sí podemos anticipar es que los juristas nos estamos encontrando, cómo no, con criterios dispares en casos similares, dependiendo del partido judicial concreto donde pleiteamos. La falta de una jurisdicción especializada en familia, y la escasez de recursos, tampoco ayudan.

Una situación similar a la producida durante el estado de alarma en 2020, durante el cual nos encontramos de bruces con decisiones judiciales muy dispares en cuanto a la suspensión, o el mantenimiento, del régimen de visitas y estancias con los hijos.

Pero la pregunta más importante de todas es si la nueva regulación del art. 94 CC es eficaz a su fin, y si su puesta en práctica permite, teniendo en cuenta la escasez de recursos y las dilaciones en nuestro sistema de justicia, proteger verdaderamente a la infancia frente a cualquier tipo de violencia, incluida la mala fe de sus propios progenitores.