

STC 106/2022, de 13 de septiembre de 2022

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, presidente; los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Santiago Martínez-Vares García, don Antonio Narváez Rodríguez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón; la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón; los magistrados don Ramón Sáez Valcárcel y don Enrique Arnaldo Alcubilla, y las magistradas doña Concepción Espejel Jorquera y doña Inmaculada Montalbán Huertas, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021, interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra el artículo 2, apartados décimo y decimonoveno, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ha comparecido y formulado alegaciones el abogado del Estado. Ha sido ponente el magistrado don Santiago Martínez-Vares García.

I. Antecedentes

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

El recurso de inconstitucionalidad inicia su razonamiento destacando el carácter injustificado de la reforma normativa que cuestiona, al considerar que las normas impugnadas nada tienen que ver con la modificación que la Ley 8/2021 implementa y, menos aún, con la adecuación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención internacional sobre los

derechos de las personas con discapacidad, a la que se alude en el preámbulo como justificación de la reforma. Existe, a juicio de los recurrentes, una total desconexión de los preceptos cuestionados con la finalidad perseguida por la Ley 8/2021, sin que en el preámbulo de la ley se justifique la introducción de los preceptos impugnados.

Tras dicha valoración, el recurso se estructura en dos partes diferenciadas que se refieren: a) a la inconstitucionalidad del artículo 2.10 de la Ley 18/2021, en la redacción que efectúa al art. 94 párrafo cuarto del Código civil (CC), por vulnerar los artículos 24, 117.3, 122 y 9.3 CE; b) a la inconstitucionalidad del artículo 2.19 de la misma ley, en la redacción que confiere al artículo 156 párrafo segundo CC, por vulneración del artículo 117 CE en relación con el artículo 39 CE.

a) Tras reproducir el artículo 2.10 de la Ley 8/2021 e identificar el párrafo cuarto como el que constituye el objeto del recurso, indica que el precepto está destinado a regular las situaciones de conflicto que pueden plantearse con ocasión de la disolución matrimonial. Resalta que el art. 39 CE impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos y de las madres, y señala que esa tutela que debe dispensar el poder público solo será efectiva si la supervisión y, en su caso, la resolución que haya de adoptarse, en caso de que no exista acuerdo, se atribuyen a los órganos que integran el poder judicial.

Considera que el primer inciso del párrafo cuarto del art. 94 CC, en la redacción que le otorga la reforma, cuando señala que “[n]o procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos”, vulnera el art. 117 CE en relación con el art. 39 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Tal infracción constitucional resulta al privar al progenitor de los derechos de visita o estancia de modo automático, por imposición legal, sin opción a que el juez pueda pronunciarse de modo distinto valorando lo más conveniente para los hijos menores. Se impide de este modo la efectividad del mandato constitucional por el que se impone a la autoridad judicial velar por la protección de los menores. El precepto “limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, en exclusiva, corresponde a los órganos integrantes en el poder judicial”, y priva al progenitor que se considere lesionado en sus derechos de la

posibilidad de recurrir la decisión que debiera haber adoptado el órgano judicial, privándole de este modo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En apoyo de su pretensión reproduce parte de los fundamentos jurídicos dos a siete de la STC 185/2012, de 17 de octubre, al considerar que se pronunció sobre un caso sustancialmente idéntico al ahora planteado.

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

Entiende que el precepto obliga al juez civil a pronunciarse acerca de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, cuando dicho pronunciamiento “solo se puede realizar por un órgano que pertenezca a la jurisdicción penal”, a quien le corresponde además adoptar cuantas medidas considere precisas para proteger a menores y demás personas especialmente vulnerables. Considera que se vulnera la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE en relación con el art. 122.1 CE), al regular mediante ley ordinaria una materia propia de ley orgánica y modificar, sin rango suficiente lo que la ley orgánica había asumido como contenido propio y había regulado de modo diferente, refiriéndose en tal sentido al carácter improrrogable de la jurisdicción (art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ) y a la atribución de asuntos al orden jurisdiccional penal (arts. 9.2 y 3 y 89 bis.2 LOPJ). Dicha regulación también vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), al no atribuirse la competencia al juez “ordinario”, que es “aquel a quien, de modo natural, le correspondería su conocimiento”, sin respetar la estructura jurisdiccional

desarrollada por la LOPJ e imposibilitando la impugnación de la resolución por el progenitor afectado.

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

Por último considera que en nada altera lo argumentado el contenido del último inciso del párrafo cuarto del art. 94 CC cuando refiere que “[n]o 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.”, pues la privación siempre será previa a la resolución que pudiera adoptar el órgano judicial al producirse de manera automática en el momento de verificarse el supuesto de hecho previsto en la ley. El deber constitucional de velar por el superior interés y beneficio del menor no admite *vacatio*, en que el interés del menor pueda sufrir las consecuencias de una decisión automatizada que prescinde de las circunstancias que le afectan.

b) En relación con la inconstitucionalidad del artículo 2.19 de la misma ley, en la redacción que confiere al artículo 156 párrafo segundo CC, considera que vulnera el artículo 117 CE en relación con el artículo 39 CE. Sostiene, tras reproducir el contenido del precepto, que en el mismo se “prevé la privación automática de la patria potestad con relación al progenitor que se halle en determinadas circunstancias”, omitiendo la intervención del órgano judicial. Más adelante indica que el precepto “contempla la privación automática y por efecto de la ley, de la facultad que corresponde al progenitor de participar en la toma de decisiones que le incumben en el ejercicio de la patria potestad”, sin resolución judicial que le limite o prive de las facultades que le conciernen.

Desglosa tres supuestos contenidos en el párrafo segundo del art. 156 CC: (i) el caso en el que se haya dictado una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la

responsabilidad penal, considera que la única interpretación posible es que la sentencia condenatoria haya establecido una privación o limitación de las facultades de la patria potestad; (ii) el supuesto en el que se haya “iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores” y (iii) la circunstancia en la que “la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación”. En estos dos últimos casos se infringen los arts. 117 y 39 CE, al tratarse de una injerencia del legislador en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Entiende que, si se ha iniciado un proceso penal, la adopción de cualquier medida en relación con la investigación de los hechos le corresponde al órgano judicial en consideración con el interés del menor. Afirma que no puede el legislador usurpar dicha función, sustituyendo el ejercicio de la potestad judicial por un automatismo impuesto sin consideración al interés del menor. Reprocha al precepto que dé preferencia a un progenitor por el mero hecho de estar recibiendo asistencia en un centro de violencia de género, único requisito que debe acreditar, prescindiendo de la resolución de un órgano judicial, adoptada en consideración al interés del menor y una vez oídas todas las partes implicadas.

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

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

4. Por escrito registrado el 28 de octubre de 2021, el abogado del Estado se personó en el proceso en nombre del Gobierno y solicitó que se le concediera prórroga, por el máximo legal del plazo conferido para formular alegaciones. En diligencia de ordenación de 2 de noviembre siguiente, se le tuvo por personado en la representación que legalmente ostenta y

se prorrogó en ocho días el plazo concedido por providencia de 7 de octubre de 2021, a contar desde el siguiente al de la expiración del ordinario.

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

Comienza la contestación a los argumentos de los recurrentes destacando el carácter de “poder público” del Legislativo (arts. 9 y 39.1 y 2 CE) y la actuación del legislador como tal poder en su configuración de la realidad a través de la ley formal. Considera que la STC 185/2012 no es aplicable al referirse a un supuesto teórico diferente al que ahora es objeto de análisis. En el caso resuelto por la sentencia se descartó supeditar la potestad jurisdiccional al informe del Ministerio Fiscal, mientras que en el presente caso estamos ante un problema de distinta naturaleza, pues el legislativo y el órgano actuante, que aun independiente en su función, debe adecuarse a lo establecido en la ley.

Entiende que el legislativo no ha llevado a cabo, mediante la regulación impugnada una actuación de privación, de cercenamiento de la patria potestad de los progenitores, sino que configura el régimen general de ejercicio de las facultades de guarda y compañía de los menores sobre la base del cual luego habrá de decidirse por el órgano jurisdiccional.

Indica que la Constitución no configura de manera explícita al menos, las concretas facultades o algunas de las específicas facultades de la patria potestad. En la configuración de la patria potestad el legislador no puede vulnerar las previsiones genéricamente establecidas o principios reconocidos por el art. 39 CE. Si bien este precepto no establece un límite mínimo explícito, más allá de lo que pueda llegar a ser el interés y la protección preferente del menor, tampoco atribuye específicamente al órgano jurisdiccional determinados poderes de decisión, pues el alcance de las potestades de decisión del órgano jurisdiccional competente en cada caso es algo que puede quedar determinado y configurado por la ley en un sentido u otro (art. 117 CE).

En cuanto a la infracción del principio de reserva de ley orgánica, la regulación no incide indebidamente en el régimen orgánico de distribución de competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los

preceptos de la ley que han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad no invaden o hacen decidir al órgano jurisdiccional civil sobre materias de naturaleza penal. Que lo decidido, de manera definitiva o provisional, en un proceso penal pueda generar efectos o consecuencias en el otro, por así haberlo previsto el legislador, no resulta contrario al régimen de distribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales en tanto que el juez penal no decide los aspectos civiles, ni el juez civil aspectos penales.

Finalmente indica que el art. 156 apartado segundo CC no constituye la decisión o la provisión para que el juez civil decida sobre un asunto penal. Se trata tan solo de la eventual constatación por el juez civil de un hecho indubitado: “la sentencia habida, unido ello a la comprobación de la no extinción de la responsabilidad penal, o bien el solo hecho de incoado que conste un procedimiento, para que se produzca el efecto legal querido por el legislador; es decir, que ante dichas eventuales circunstancias constatadas externamente por el juez civil, será suficiente entonces el consentimiento del otro progenitor para que puedan acordarse los efectos que ese art. 156, párrafo segundo, prevé”.

6. Por diligencia del letrado de la administración de justicia de 16 de noviembre de 2021, se tuvieron por formuladas las alegaciones en el plazo conferido, quedando pendientes en su momento para deliberación y votación de la sentencia.

7. Por providencia de 13 de septiembre de 2022 se señaló ese mismo día para deliberación y votación de la presente sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de inconstitucionalidad y argumentos de las partes

Este proceso constitucional tiene por objeto resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra los apartados décimo y decimonoveno del artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y se da una nueva redacción a los arts. 94 párrafo cuarto y 156 párrafo segundo CC.

A) Una primera precisión es necesaria. Si bien los recurrentes impugnan formalmente la totalidad del artículo 2 en sus apartados décimo y decimonoveno de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la nueva redacción que respectivamente confieren a los arts. 94 párrafo cuarto y 156 párrafo segundo CC, sin embargo, de su argumentación resulta que únicamente cuestionan la constitucionalidad de una parte de dichos párrafos.

Se reproducen a continuación —en cursiva— los concretos incisos que se impugnan de la redacción que le otorga la reforma operada por la Ley 8/2021 al párrafo cuarto del art. 94 CC y al párrafo segundo del art. 156 CC:

a) El párrafo cuarto del art. 94 CC en la redacción dada por la reforma recurrida, tiene la siguiente redacción:

“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 paternofilial”.

b) El párrafo segundo del artículo 156 CC, en la redacción que le otorga la reforma operada por la Ley 8/2021, tiene la siguiente redacción:

“Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe

emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos”.

B) En relación con esta segunda impugnación, debe introducirse otra precisión. La reforma, únicamente introduce el segundo inciso del párrafo segundo del art. 156 CC: “Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación”.

El primer y último inciso —este no impugnado— del párrafo segundo del art. 156 CC, no ha sufrido modificación alguna por la reforma. Ambos incisos fueron introducidos por el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del pacto de Estado contra la violencia de género. Solo el segundo inciso transcrito ha sido introducido por la Ley 8/2021. De este modo, podría inferirse que los recurrentes han aprovechado la modificación parcial del art. 156 CC, operada por la Ley 8/2021, para exigir la anulación de una regulación introducida por el Real Decreto-ley 9/2018, eludiendo con ello el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad del art. 33 LOTC. Sin embargo, esa conclusión no puede sostenerse:

a) Ciertamente es doctrina constitucional consolidada que los requisitos procesales son de orden público y no se hallan a disposición de las partes. En concreto, el art. 33.1 LOTC dispone, con carácter general, que el recurso de inconstitucionalidad “se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado”; plazo que debe entenderse de caducidad y que empieza a contar desde el día siguiente al de la publicación de la ley impugnada [por todas, STC 125/2021, de 3 de junio, FJ 2 B) a)].

b) Ahora bien, cabe destacar que la concreta modificación del párrafo segundo del artículo 156 CC se limita a habilitar a la mujer que esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género —siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación—, para consentir en la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo informar previamente al otro progenitor. Sin embargo, al transcribirse por el apartado decimonoveno del artículo 2 íntegramente el art. 156

CC en la redacción anterior, sobre el que efectúa además otras adiciones y supresiones, la Ley 8/2021 modifica formalmente el precepto, cuyo párrafo segundo se impugna. Se abre de este modo el plazo del art. 33 LOTC para que el artículo así reformado pueda ser recurrido en la redacción que le ha dado la ley modificadora y ello con independencia del grado de coincidencia material con la redacción anterior del mismo [SSTC 8/2013, de 17 de enero, FJ 2; 103/2013, de 25 de abril, FJ 5, y 125/2021, FJ 2 B) b)], por lo que no procede apreciar la extemporaneidad.

C) Finalmente en lo que a los motivos de impugnación se refiere, los diputados recurrentes reprochan, con carácter general, sin anclaje en un concreto precepto de la Constitución, que la reforma de los preceptos impugnados no está justificada en el preámbulo de la Ley 8/2021 y que la misma se encuentra totalmente desconectada de la finalidad que dicha ley persigue, esto es, la adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. El juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal “juez de la calidad técnica de las leyes”, en su triple dimensión de corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes (STC 341/1993, de 18 de diciembre, FJ 2; con posterioridad, STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9), sino “vigilante de su adecuación a la Constitución” (STC 40/2018, de 26 de abril, FJ 8).

En relación con el primer y segundo inciso del párrafo cuarto del art. 94 CC, los recurrentes comienzan por argumentar que en el art. 39 CE se residencia la atribución al poder judicial de un poder de supervisión sobre el deber de asegurar la protección de la familia y de los hijos y de las madres que dicho precepto impone a los poderes públicos. De tal modo que al privar al progenitor de los derechos de visita y estancia por imposición legal, sin dar opción al juez para que se pronuncie del modo más favorable a los menores, y sin posibilitar la existencia de un recurso contra la decisión por el progenitor afectado, y hacerlo de modo automático, se lesiona la efectividad del mandato constitucional de velar por la protección de los menores e infringen el art. 117 CE en relación con el art. 39 y 24.1 CE (citan, en su apoyo, la STC 185/2012, de 17 de octubre, FFJJ 2, 3, 5, 6 y 7). También atribuyen a ambos incisos, el quebranto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), si bien únicamente concretan dicha infracción en el empleo de la expresión “incurso en un procedimiento penal iniciado”, a la que reprochan que impide conocer cuando una persona se encuentra en dicha situación.

Añaden que la redacción del segundo inciso del párrafo cuarto del art. 94 CC al atribuir al juez del orden jurisdiccional civil que valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género propios del orden jurisdiccional penal, además de menoscabar el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), afecta a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial [arts. 9.6, 9.2 y 3 y 89 bis.2)], y, quebranta el principio de reserva de ley orgánica.

Finalmente, los recurrentes impugnan en su totalidad el artículo 2.19 de la misma ley, que modifica el art. 156 CC, por vulnerar el art. 117 CE en relación con el art. 39 CE. Indican que privar automáticamente, por efecto de la ley, a un progenitor de la facultad que le corresponde en la toma de decisiones que le incumben en el ejercicio de la patria potestad, supone una injerencia en la potestad jurisdiccional al posibilitar que un progenitor adopte una medida en relación con la investigación de los hechos que le corresponde al órgano judicial penal o bien carece de justificación.

La abogacía del Estado ha solicitado la íntegra desestimación del recurso, con los argumentos que con detalle se exponen en los antecedentes.

2. Contenido y alcance del art. 39 CE. Planteamiento general

A) Consideraciones generales

Varias son las cuestiones que se plantean en el recurso: (a) en primer lugar si los arts. 39, 24.1 y 117.3 CE atribuyen al poder judicial una facultad de supervisión, como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador de la regulación del régimen de visitas y estancias de los menores con sus padres; (b) en segundo lugar, si la regulación impugnada supone la privación por disposición legal a un progenitor de los derechos de visita y estancia y lesionan la efectividad del mandato de velar por el interés del menor; (c) en tercer lugar, si quebranta el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) la expresión “incurso en un proceso penal iniciado” que se contiene en el párrafo cuarto del art. 94 CC; (d) si contraviene el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y la reserva de ley orgánica atribuir al órgano judicial del orden jurisdiccional civil la valoración de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género; e) y, por último, si atribuir en determinadas circunstancias a un progenitor la decisión de que los hijos menores

de edad reciban atención y asistencia psicológica informando previamente al otro progenitor vulnera el art. 117 CE en relación con el art. 39 CE.

Antes de abordar la primera de las cuestiones planteadas en el recurso, procede recordar que el art. 39 CE es el primero de los que el capítulo tercero del título I dedica a los “principios rectores de la política social y económica”. Estos “principios rectores”, cuyo “reconocimiento, respeto y protección” informarán “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, según dice el art. 53.3 de la Constitución, impide considerarlos como normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6). Es por ello por lo que no cabe excluir, “que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando esta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida” (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4).

Los diputados recurrentes no concretan cuál de los apartados del art. 39 CE se ve concernido por la reforma. Las alusiones que contiene el recurso al deber de velar por la protección de los menores, de los hijos y de la familia, ya sea directamente, ya a través de las referencias contenidas en la extensa cita de la STC 185/2012, permiten entender que la inconstitucionalidad que los recurrentes predicen se encuadra en el art. 39 CE en su conjunto, cuyos apartados, por otra parte, se encuentran estrechamente vinculados entre sí.

B) Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de visitas, comunicaciones y estancias

El Tribunal ha reconocido la dimensión constitucional del derecho de visitas, comunicaciones y estancias desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). De este modo, es doctrina constitucional que “cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens, que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2) reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos” (STC 185/2012, FJ 4). En consecuencia, tanto la regulación del régimen de estancias, comunicaciones y visitas, exista o no acuerdo parental, como su

aplicación por los órganos judiciales y por los poderes públicos, deben estar presididas por la protección del interés superior del menor.

En tal sentido, hemos indicado que “debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código civil como un derecho del que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente” (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 5). En el mismo fundamento de esta sentencia hemos referido que “los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento ex art. 10.2 CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (art. 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa”.

De modo coherente con lo que acaba de indicarse “constituye doctrina consolidada de este tribunal, [...] que en materia de relaciones paternofiliales (entre las que se encuentra lo relativo al régimen de guarda y custodia de los menores por sus progenitores, como es el caso que nos ocupa) el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7)” (STC 176/2008, FJ 6).

Y hemos afirmado que “[e]l interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada” (STC 176/2008, FJ 6).

C) El “interés superior del menor” en los tratados internacionales

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

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

También el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, reconoce el “interés superior del niño” y “el respeto de los derechos fundamentales” como principios rectores en este caso de las adopciones internacionales. En fin, nuevamente como

“consideración primordial” es calificado “el interés superior del niño” en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

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

Finalmente, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014, establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio y que el ejercicio de ningún derecho de visita ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños (art. 31). Recuerda que los Estados partes pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45).

D) Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), ha indicado que “para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar” (SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto Buscemi c. Italia, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto Saleck Bardi c. España, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto R.M.S. c. España, § 68) y cualquier injerencia en la vida familiar debe estar “prevista en la ley”, y que “sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el

bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás”. La “desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez” (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto Scozzari y Giunta c. Italia, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en numerosas ocasiones que “el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas” (SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto Eriksson c. Suecia, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto Olsson c. Suecia, § 90).

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “observa que un respeto efectivo de la vida familiar impone que las relaciones futuras entre progenitor e hijo se ajusten sobre la única base del conjunto de los elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo” (SSTEDH, de 2 de septiembre de 2010, asunto Mincheva c. Bulgaria, § 82, y de 3 de mayo de 2011, asunto Saleck Bardi c. España, § 82), pues “el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH Saleck Bardi c. España, § 52).

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

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

3. Exclusividad jurisdiccional, derecho a la tutela judicial efectiva y límites del legislador en relación con la valoración del interés del menor (art. 39 en relación con los arts. 117.3 y 24.1 CE)

Efectuadas las anteriores consideraciones, procede examinar en primer lugar si como afirman los recurrentes los arts. 39, 24.1 y 117.3 CE atribuyen al poder judicial una facultad de supervisión entendida como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador en la regulación del régimen de visitas y estancias de los menores con sus padres. Debemos afirmar que del contenido del art. 39 CE o de la protección del interés prevalente del menor que resulta de dicho precepto, de los tratados internacionales y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expuesta, no se infiere —como principio general— la imposibilidad de que el legislador, al determinar la regulación relativa al régimen de estancias, comunicaciones y visitas establezca la ponderación del referido interés.

El art. 39 CE, en sus distintos apartados, o el principio de exclusividad de jueces y magistrados en el ejercicio de la actividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), o el derecho a la

tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) —a los que aluden los recurrentes—, no vedan que el legislador pueda dictar una regulación general por la que determine la resolución que deba adoptarse, en relación con las estancias y visitas, en los procedimientos civiles y penales modulando de este modo la capacidad decisoria de los órganos judiciales.

Ciertamente, como afirman los recurrentes, en la STC 185/2012, de 17 de octubre tuvimos ocasión de declarar la inconstitucionalidad del art. 92.8 CC, en la redacción dada por 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 nulidad, separación y divorcio, al considerar irrazonable y desproporcionada dicha regulación. Ahora bien, la razón de dicha inconstitucionalidad no vino originada porque pesara sobre el legislador una prohibición general de determinar cuál era el interés del menor al regular la custodia compartida —como parecen entender los recurrentes—, sino porque la concreta regulación dejaba al arbitrio del Ministerio Fiscal la valoración de ese interés en relación con la aplicación del régimen de custodia compartida, desplazando injustificadamente la plena potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE).

Es por ello, que debe descartarse que del art. 39 CE resulte la constitucionalización de un específico límite al legislador, vinculado a la exclusividad jurisdiccional, en la determinación del régimen de estancia y visitas de los hijos con sus padres. Téngase en cuenta, además, que el legislador ha de establecer una regulación que garantice los derechos fundamentales de las personas menores de edad, entre los que se encuentra el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), que la norma cuestionada trata de preservar, pudiendo establecer no solo acciones positivas o de promoción, sino también implementar prohibiciones o límites que traten de salvaguardar dichos derechos fundamentales u otros bienes dignos de protección constitucional. Será, en su caso, a este tribunal a quien le corresponda enjuiciar si la concreta regulación legal ha respetado el interés superior del menor, los derechos fundamentales o los principios constitucionales, o ha sido irrazonable, desproporcionada o arbitraria por suponer una restricción carente de justificación, en atención a la finalidad de protección del interés del menor.

Esto es, cuando está en juego el interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, en que un progenitor esté incurso en un proceso penal, por atentar contra el otro progenitor —sea

cónyuge, pareja sentimental o no mantenga relación sentimental o conyugal alguna— o contra sus hijos, o existan indicios fundados de ello.

Dicha prevención resulta de que no todos los delitos tienen la misma relevancia, gravedad y alcance sobre la relación paterno o materno filial, sino que serán las concretas circunstancias del caso, la gravedad y naturaleza del delito cometido, la culpabilidad del autor, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, entre otras, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto las relaciones con alguno de los progenitores o con ambos. Conforme a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citados (SSTEDH Gnahoré c. Francia, § 59, y Jansen c. Noruega, § 88-93), solo excepcionalmente estará justificado el cese absoluto de dichas relaciones en casos cuya gravedad o especial naturaleza o circunstancias concurrentes lo aconsejen. Esto es, la suspensión absoluta del régimen de visitas, comunicaciones y estancias vendrá exigida cuando se persiga garantizar la integridad y seguridad del menor, la suspensión resulte estrictamente necesaria para el logro de dicha finalidad, y sea adecuada y proporcionada para alcanzarla al no existir alternativas menos restrictivas, de menor intensidad, graduación o progresividad para preservar la seguridad y bienestar del menor.

Asimismo, entre otras circunstancias deberán tomarse en consideración al establecer el régimen de visitas, comunicaciones y estancias tanto las consecuencias irremediables que el transcurso del tiempo puede tener para las relaciones entre el hijo y los padres que no viven con él, como la obligación de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal y el derecho de todo niño “a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre”.

4. Aplicación de la doctrina al caso concreto. Inexistencia de infracción del art. 39 CE

A) Planteamiento

Descartado que los arts. 39, 24.1 y 117.3 CE atribuyan al poder judicial una facultad de supervisión como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador en la regulación del régimen de visitas y estancias de los menores con sus padres, es preciso verificar ahora, si como afirman los recurrentes, los preceptos cuestionados, por privar al

progenitor de los derechos de visita y estancia por imposición legal, de modo automático, lesionan la efectividad del mandato constitucional de velar por la protección de los menores (art. 39 CE).

B) Breve referencia a la tramitación parlamentaria del proyecto de ley y texto final aprobado

Con carácter previo al examen de esta segunda cuestión planteada por los recurrentes, haremos una breve referencia a la tramitación parlamentaria del proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El texto del indicado proyecto de ley (“Boletín Oficial de las Cortes Generales”, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-1, de 17 de julio de 2020), preveía una nueva redacción al artículo 94 del Código civil, en la que no se contenía el párrafo cuarto impugnado por los recurrentes, ni tampoco su párrafo quinto —no impugnado—. Ante la inexistencia de enmiendas, se mantuvo el texto en el informe de la ponencia (“BOCG” Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-3, de 18 de marzo de 2021), y posteriormente fue aprobado por la comisión con competencia legislativa plena (“BOCG” Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-4, de 25 de marzo de 2021). El párrafo al que atribuyen la inconstitucionalidad fue incluido, en virtud de una propuesta de modificación del Grupo Parlamentario Nacionalista en el Senado, al informe de ponencia (“BOCG” Senado, núm. 185, de 11 de mayo de 2021). Tal incorporación en la fase final de la tramitación impide obtener una fundamentación de la misma a través de los informes que acompañaron la elaboración del proyecto de ley.

Ahora bien, dicha incorporación guarda relación temporal con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuya aprobación fue prácticamente simultánea a la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio. En el preámbulo de dicha ley orgánica se indica que la “lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos. Para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención sobre los derechos del niño es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia. La protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos, reconocida en el

artículo 39 de la Constitución Española y en diversos tratados internacionales, entre los que destaca la mencionada Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990. [...] Con arreglo a la Convención sobre los derechos del niño y los otros referentes mencionados, España debe fomentar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a desarrollarse libre de cualquier forma de violencia, perjuicio, abuso físico o mental, descuido o negligencia, malos tratos o explotación”.

El texto íntegro aprobado, que se transcribe a continuación para una mejor comprensión, y del que solo se impugnan los dos primeros incisos del apartado cuarto, tiene la siguiente redacción:

“10. Se da nueva redacción al artículo 94, que queda redactado así:

‘La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

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

de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

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

C) Inexistencia de vulneración del interés del menor

Para examinar si la regulación impugnada respeta el principio de protección del interés superior del menor es obligado efectuar una lectura, que alejada del encorsetamiento en los dos primeros incisos del párrafo cuarto del art. 94 CC, examine el precepto impugnado de modo conjunto y sistemático.

El artículo impugnado se inserta en el título IV del libro primero del Código civil, intitulado “Del matrimonio” y en el capítulo IX del mismo: “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” (arts. 90 a 101). En el art. 92.2 CC se establece que en el marco de los procedimientos de separación, nulidad y divorcio el juez cuando deba adoptar cualquier medida sobre el cuidado y la educación de los hijos menores —en coherencia con el art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño y el art. 24 CDFUE—, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos, y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor. Y antes de acordar el régimen de guarda, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC).

Específicamente —entrando en el análisis del art. 94 CC del que se impugna parte de su párrafo cuarto—, en relación con el establecimiento de un régimen de visitas y comunicaciones, es de observar que le corresponde a la autoridad judicial determinar 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. Dicha resolución se adoptará previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, pudiendo limitar o suspender el referido derecho si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial (párrafos primero y tercero del art. 94 CC).

Expuesto lo anterior, es claro que la redacción del párrafo cuarto del art. 94 CC, cuya valoración desde un prisma técnico no nos corresponde, en modo alguno contraviene el art. 39 CE, ni la doctrina que lo interpreta y que ha sido expuesta, ni tampoco los convenios internacionales que le sirven de pauta interpretativa.

En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, en la que se comprende también “la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad” (apartado 4 del art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género —en adelante LOVG—, introducido por la disposición final décima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio), 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 (art. 1.1 LOVG).

Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas,

comunicación y estancias a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor.

Ciertamente en alguno de los supuestos referidos en los dos primeros incisos del párrafo cuarto, será la valoración de la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto, o se restrinjan o no, las relaciones del menor con alguno de los progenitores o con ambos.

Esa decisión, frente a lo que afirman los recurrentes, se atribuye por el párrafo cuarto del art. 94 CC exclusivamente a la autoridad judicial en los casos en que así lo estime necesario o conveniente en resolución motivada en el interés superior del menor podrá optar por no privar al progenitor del régimen de visitas y estancias, o adoptar medidas “menos radicales” (STEDH, de 23 de junio de 2020, asunto Omorefe c. España, § 59) restringiendo y limitando el derecho, si con ello logra conjurar los riesgos que sobre el menor se ciernen y satisface la continuidad de la relación paternofilial.

Por todo ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el transcurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH Saleck Bardi c. España, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como, su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de

atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).

Por todo lo expuesto, debe descartarse la inconstitucionalidad del párrafo cuarto del art. 94 CC.

5. Inexistencia de vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)

a) Planteamiento.

Consideran los recurrentes que la expresión “incurso en un procedimiento penal iniciado” que se contiene en el párrafo cuarto del art. 94 CC lesiona el principio de seguridad jurídica, pues parece dar a entender que cabe la posibilidad de que el progenitor se halle incurso en un proceso penal no iniciado, o que el legislador trate de excluir de su aplicación los supuestos en que solo conste presentada denuncia o querrela, sin que aún se haya resuelto sobre su admisión. Añade que no existe un concepto legal que describa la situación de “estar incurso en un proceso penal”.

b) Doctrina constitucional sobre el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)

Se indica en la STC 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 5, que “[d]esde el punto de vista gramatical, el término ‘seguridad’ denota certeza, certidumbre, pero también confianza o previsibilidad. Si tales cualidades se proyectan sobre el ámbito de lo jurídico, podremos definir la seguridad jurídica como la certeza de la norma que hace previsibles los resultados de su aplicación. Sendos aspectos —certeza y previsibilidad— se encuentran íntimamente vinculados. Muestran las dos vertientes objetiva-subjetiva, definitorias de la seguridad jurídica, que aparecen reflejadas en la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando afirma que la seguridad jurídica debe ser entendida desde un plano objetivo como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1); pero además, desde una perspectiva subjetiva como la expectativa

razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5)”.

c) Aplicación de la doctrina al caso concreto

Como hemos indicado los recurrentes reprochan a la expresión utilizada en el párrafo cuarto del art. 94 CC en la redacción dada por la Ley 8/2021: “incurso en un proceso penal iniciado”, un defecto de técnica legislativa, pues consideran que, si el precepto precisa aclarar que el proceso penal debe estar iniciado, es porque cabe la posibilidad de que el progenitor se halle incurso en un proceso penal no iniciado. A ello añaden que no existe concepto legal que describa la situación de estar incurso en un proceso penal. Lo que vienen a cuestionar los recurrentes es la utilización de la expresión “estar incurso en un procedimiento penal”, al considerar más reconocibles otras como denunciado, querellado, investigado, procesado.

En efecto, los propios recurrentes, pese a afirmar de modo genérico que la indicada expresión “aboca a una incertidumbre insuperable”, sostienen que “incurso en un proceso penal iniciado”, puede tratar de excluir los supuestos en los que no se haya resuelto sobre la denuncia o querrela. De este modo, admiten la posibilidad de que la cuestionada locución, al adjetivar “incurso en un proceso penal” con “iniciado”, excluya los procedimientos penales pendientes de una decisión sobre su admisión. Por lo que, al margen de las dudas interpretativas que los recurrentes atribuyen al precepto, no está en entredicho la previsibilidad y certeza de la norma.

Como hemos afirmado anteriormente el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal “juez de la calidad técnica de las leyes”, en su triple dimensión de corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes (STC 341/1993, de 18 de diciembre, FJ 2; con posterioridad, STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9), sino “vigilante de su adecuación a la Constitución” (STC 40/2018, de 26 de abril, FJ 8). El control de constitucionalidad se detiene en los “defectos de técnica legislativa” [STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2 A)], en “la perfección técnica de las leyes” [SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4, y 225/1998, FJ 2 A)], en su “corrección técnica” (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2), pues el principio de conservación de la ley opera de freno en este ámbito (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 5). No debe olvidarse por otra parte “que numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen

de la práctica judicial” (STEDH de 25 de mayo de 1993, asunto Kokkinakis c. Grecia, § 40). “Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva” (STEDH de 12 de febrero de 2008, asunto Kafkaris c. Chipre, § 141).

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

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

6. Inexistencia de vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y de la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE)

Los recurrentes consideran que el párrafo cuarto del art. 94 CC, al atribuir a la jurisdicción civil el pronunciamiento acerca de la existencia de indicios de delito en lugar de a la jurisdicción penal, que es a la que —a su juicio— le corresponde de modo “ordinario” por su vinculación “natural” con el objeto del litigio, ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), y al hacerlo mediante ley ordinaria, ha menoscabado el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE) modificando sin rango suficiente lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 9.2 y 3, y 89 bis.2 LOPJ).

El planteamiento de los recurrentes lleva a recordar la doctrina que este tribunal ha establecido al interpretar el “derecho al juez ordinario predeterminado por la ley” (art. 24.2 CE). y más en concreto a examinar tanto el concepto de “ordinario”, que los recurrentes equiparan a “natural”, así como la naturaleza de la norma a la que alude el art. 24.2 CE —

“predeterminado por la ley”— en relación con los arts. 81.1 y 122 CE, que los recurrentes consideran que debe tener carácter de orgánica.

a) Delimitación del concepto de “juez ordinario”

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

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

b) Significado de la remisión a la ley del art. 24.2 CE

Por otra parte, ha de partirse de que el derecho reconocido en el art. 24.2 CE es al juez ordinario “predeterminado por la ley”, consecuencia necesaria del principio de división de poderes y reflejo del Estado de Derecho, y que tiene por objeto asegurar que la organización

judicial en una sociedad democrática no dependa de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, sino que esté regulada por la ley emanada del Parlamento (STC 122/2021, de 2 de junio, FJ 4.3).

A este respecto ha de recordarse que este tribunal desde sus primeras sentencias tuvo oportunidad de precisar el significado y alcance de esa remisión a la ley en relación con el rango de la norma en que han de contenerse los criterios generales de determinación de la competencia. El Tribunal se ha pronunciado en el sentido de entender que se trata de ley en sentido estricto, como resulta tanto de la dicción literal del precepto como de su interpretación sistemática. Así, en la STC 101/1984, de 8 de noviembre, el Tribunal afirmó que “la referencia del art. 24.2 a la ley, coherente con lo también dispuesto en los arts. 53.1 y 86.1 de la Constitución, exige que el vehículo normativo para determinar cuál será el juez del caso es la ley en sentido estricto”. De modo que “la referencia expresa a la ley que lleva a cabo el art. 24.2 CE se corresponde así con la reserva de ley que efectúa el art. 53.1, y la reserva similar contenida en el art. 117.3, y refleja, en relación con la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial, una exclusión de otras normas —Decretos-leyes o disposiciones de carácter reglamentario— distintas de la ley en sentido estricto, por cuanto que esta se configura como la garantía de la independencia e imparcialidad judicial” (STC 93/1988, de 24 de mayo, FJ 4).

La genérica mención de los recurrentes al art. 122.1 CE obliga a recordar que el término “constitución” de los juzgados y tribunales que el art. 122.1 CE reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial, comprende de modo indudable, la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Satisfecha dicha reserva “cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas —ley orgánica y ley ordinaria— que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita [...]. Por consiguiente, siendo en principio correcto en términos constitucionales que una ley ordinaria atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de aquella a las previsiones de esta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva

característica de las leyes orgánicas (art. 81.2 CE), de modo que la ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la ley orgánica” (STC 128/2018, de 29 de noviembre, FJ 3 y las que allí se citan).

c) Aplicación de la doctrina citada al caso concreto

Expuesto lo anterior debe rechazarse que el segundo inciso del párrafo cuarto del art. 94.2 CC cuando atribuye al juez del orden jurisdiccional civil valorar si de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas resultan indicios fundados de violencia doméstica o de género, como circunstancia a tomar en consideración para privar o suspender el régimen de visitas o estancias, vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y el principio de reserva de ley orgánica.

En efecto, establecer que el juez civil, debe tomar en consideración la existencia de indicios de violencia doméstica o de género a los efectos de adoptar una decisión sobre el régimen de estancias, comunicaciones y visitas, no supone la atribución de competencia al juez de primera instancia distinta de la que tiene en este ámbito y menos aún menoscaba la competencia propia del orden jurisdiccional penal. El precepto recurrido, ni modifica el marco de atribución de jurisdicción y competencia que diseña con carácter general la Ley Orgánica del Poder Judicial a los juzgados de primera instancia e instrucción (arts. 85, 87.1 LOPJ) o de violencia sobre la mujer (arts. 87 ter.1 a 4 LOPJ), ni tan siquiera dicho marco queda afectado por la regulación impugnada. Es por ello que carece de sustento la pretendida vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.1 CE).

Finalmente, conforme a lo expuesto, tampoco se vulnera el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122.1 CE), no solo porque el precepto recurrido no efectúa una atribución del conocimiento de asuntos al juez de primera instancia distinta a la que ya tenía, sino porque además la reserva de ley orgánica (art. 122.1 CE), no se proyecta a la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial, al bastar que tales reglas vengán establecidas por una ley en sentido estricto (STC 93/1988, FJ 4), y que no se excepcione frontalmente o contradiga “el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la ley orgánica” (STC 128/2018, FJ 3).

En conclusión, debe rechazarse que el apartado cuarto del art. 94 CC, en la redacción que le ha dado la Ley 8/2021 (art. 2.10), vulnere el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) o la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE).

7. Inexistencia de vulneración del art. 117 CE en relación con el art. 39 CE por atribuir en determinadas circunstancias a un progenitor la decisión de que los hijos e hijas menores de edad reciban atención y asistencia psicológica

Los diputados recurrentes consideran que en la medida que el art. 156 CC, en la redacción que le da la reforma, prevé “la privación automática de la patria potestad” con relación al progenitor que se halle en determinadas circunstancias, omitiendo la intervención del órgano judicial, se produce una infracción del mismo tipo que la que los recurrentes exponen en relación con el art. 94.4 CC. Consideran que al “limitar o privar a uno de los progenitores de facultades” sin que exista resolución judicial y sin dar opción al órgano judicial de constatar la bondad de la decisión adoptada por el otro progenitor, se vulnera el art. 117 CE en relación con el art. 39 CE, al suponer bien una injerencia del legislador en el ejercicio de la potestad jurisdiccional o dar preferencia injustificadamente a lo que pueda decidir un progenitor.

El párrafo segundo del artículo 2.19 de la misma ley, en la redacción que confiere al artículo 156 párrafo segundo CC, tiene la siguiente redacción:

“Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos”.

Los diputados recurrentes proyectan las razones por las que consideran inconstitucional el art. 94.2 CC —por infringir el art. 117 CE en relación con el art. 39 CE— al art. 156.2 CC. Es por ello que debemos remitirnos a la doctrina expuesta en el fundamento jurídico tercero para descartar que la atribución por dicho precepto a uno de los progenitores de la facultad de decidir —en los supuestos que dicho precepto establece— sobre la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, informado previamente a otro progenitor, sea contrario al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), máxime cuando dicha decisión no está exenta del control judicial.

Por otra parte, ni se advierte, ni se argumenta por los recurrentes, que la atribución a uno de los progenitores de la decisión de que el menor sea asistido y atendido psicológicamente, informando previamente al otro, en los supuestos que el precepto establece —caracterizados por un claro enfrentamiento y hostilidad entre ambos progenitores—, y por tanto, por la dificultad de alcanzar un acuerdo, sea irrazonable, desproporcionada, arbitraria, o contravenga el interés del menor (art. 39 CE). Debe recordarse que cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga del recurrente no solo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan, por lo que es justo hablar de una carga del recurrente y en los casos en que esta no se atiende, de una falta de diligencia procesalmente exigible, como es la de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar [por todas, SSTC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 4 b), y 62/2016, de 17 de marzo, FJ 3].

Por todo lo razonado, se desestima la vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), en relación con el art. 39 CE y, con ello, el recurso en su integridad.

F A L L O

Ha decidido

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a trece de septiembre de dos mil veintidós.

Votos

Voto concurrente que formulan la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021

En ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional expresamos, en el presente voto particular, parte de los argumentos que expusimos ante el Pleno en relación con la propuesta de resolución del recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021.

1. El alcance del voto concurrente

El art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé que se pueda formular en un voto particular, nuestra opinión discrepante tanto en lo que se refiere a la decisión finalmente adoptada, como a la fundamentación en que se sustenta, siempre que sea un reflejo de lo debatido en el Pleno.

Por tanto, un voto particular puede discrepar tanto del fallo como de la argumentación del pronunciamiento a que se opone. Y aunque la práctica ha terminado por definir como voto particular al que se opone al fallo y como voto concurrente el que se opone a la argumentación, pero no al fallo, ambos son igualmente ilustrativos de la existencia de una diferencia de criterio en el Tribunal que resulta notable e insalvable, razón por la que no ha podido ser superada con la deliberación del texto finalmente aprobado por la mayoría. Ni uno,

ni otro tipo de voto particular hacen perder eficacia al fallo, ni desmerecen su rigor. Pero cualquiera de los dos, con la misma importancia, son como decía Francisco Tomás y Valiente “una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas”.

Si los votos particulares son relevantes siempre para poner de manifiesto esas dudas y para transmitir a la ciudadanía la idea de que, respecto de un determinado tema, existen otras soluciones jurídicas posibles y otras visiones técnicas igualmente válidas, cuando nos encontramos ante una sentencia interpretativa, como es aquí el caso, el voto particular que discrepa de la interpretación sostenida por la mayoría del Pleno es particularmente importante. Por tanto, respecto de la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por un grupo de diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Vox contra el artículo 2.10 y 19 de la Ley 8/2021, el presente voto particular es fundamental porque, a pesar de concordar en el fallo desestimatorio al entender que la norma impugnada no incurre en ninguna causa de inconstitucionalidad, discrepamos de la línea argumentativa principal que lleva a la mayoría a alcanzar ese fallo.

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

Las magistradas y el magistrado que firmamos el presente voto consideramos plenamente aplicable este principio de conservación de la norma, que se vincula con un escrupuloso respeto al legislador democrático. Pero también pensamos que la interpretación constitucional no se define en términos dicotómicos de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que las aproximaciones que analizan el ajuste constitucional de una ley pueden ser distintas, y dependen del enfoque con el que se aborde el problema constitucional planteado. Dicho en otros términos, puede haber más de una interpretación constitucional de una ley y más de una aproximación distinta al juicio de inconstitucionalidad. La sentencia aprobada por la mayoría entiende que hay una interpretación constitucional de la norma impugnada y que solo esa interpretación permite salvar la constitucionalidad de la norma y llegar a un fallo desestimatorio del recurso. Pero, a nuestro juicio, existe otra forma

de interpretar la norma sometida a examen que admite llegar al mismo fallo, pero desde una perspectiva de género, que la sentencia aprobada ignora completamente, obviando de este modo la razón que llevó al legislador a la aprobación del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

No es posible ignorar que la norma impugnada surge en desarrollo del pacto de Estado contra la violencia de género de 2017. La sentencia lo asume en relación con el art. 156 CC cuando, en el primer fundamento jurídico, reconoce que el primer inciso del párrafo segundo de este precepto fue introducido por el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del pacto de Estado contra la violencia de género, retomando la Ley 8/2021 lo preceptuado en 2018 al contener una redacción completa del art. 156 CC. Sin entrar a las consecuencias que la sentencia extrae de ello respecto del objeto del recurso, lo que sí es posible observar es que, reconociendo la conexión entre el contenido material de la norma impugnada y el pacto de Estado, la argumentación de la sentencia obvia totalmente esa conexión de sentido y razona como si las medidas cuestionadas no tuvieran nada que ver con la protección de las madres de los niños y niñas víctimas de violencia de género. La sentencia elige una perspectiva de examen excluyente de la mujer, por más que cite el Convenio de Estambul en un par de ocasiones (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).

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

sometidos a situaciones de violencia directa o indirecta, sino la protección de sus madres que pueden sufrir, a través del trato que los padres dispensan a los menores, situaciones de violencia vicaria en distinto grado de intensidad.

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

2. El contexto que debía haber condicionado en la sentencia la interpretación de la norma impugnada

La argumentación racional a la que debemos acudir para legitimar el uso del derecho exige en el siglo XXI que quien argumenta, en este caso el Tribunal Constitucional como intérprete del ordenamiento, asuma la condición de sujeto jurídico de las mujeres. Y ello va mucho más allá del uso de un lenguaje inclusivo en la norma y en su interpretación. Supone asumir que las disposiciones normativas tienen o pueden tener efectos diversos sobre las personas, en virtud del sexo de estas últimas.

En este contexto, la perspectiva de género en el examen de la constitucionalidad de los apartados décimo y decimonoveno del art. segundo de la Ley 8/2021, hubiera exigido analizar por qué y cómo las medidas cuestionadas afectan en particular (aunque no en exclusiva) a las relaciones de poder entre un padre y una madre que, encontrándose en una situación de violencia, tienen hijos o hijas en común con los que despliegan una relación propia que mediatiza la que tienen entre ellos como pareja o expareja.

Pero, incluso aunque no se hubiera aceptado y asumido este punto de partida interpretativo, el mero recurso a criterios de interpretación más clásicos también hubiera conducido, a nuestro juicio a la construcción de una argumentación distinta a la finalmente aprobada.

Para poder desarrollar mejor esta idea consideramos necesario exponer los antecedentes legislativos y jurisprudenciales que preceden a la adopción de la Ley 8/2021 en

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

a) En el año 2004 se aprobó en el Parlamento, por unanimidad, la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante LOVG). Esta unanimidad permitió que se empezara a hablar, ya entonces, de una suerte de pacto de Estado implícito en relación con la lucha contra la violencia machista, cuya materialización explícita promoverán representantes de distintas formaciones parlamentarias a lo largo de varias legislaturas.

b) En el año 2012 se firma el Convenio de Estambul, y se aprueba la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Estas dos normas ponen de manifiesto que, hasta entonces, las disposiciones legales habían permanecido ajenas a las peculiaridades de la violencia ejercida sobre los hijos e hijas comunes en los supuestos de violencia machista. De hecho, solo a partir del año 2013 se empiezan a recoger en España estadísticas sobre los menores de edad víctimas mortales de violencia machista.

c) En julio de 2013, se hizo público el anteproyecto de ley del Gobierno presidido por Mariano Rajoy, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. Este preveía introducir un nuevo art. 92 bis en el Código civil, en cuyo apartado quinto se decía categóricamente que “no procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, 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”. Y, además de prever la limitación de las relaciones parentales en caso de condena, también se establecía que no se le atribuiría la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando el progenitor “estuviera incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado

resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad”. Si bien este anteproyecto no tuvo seguimiento parlamentario, pone de manifiesto ya la existencia de una reflexión del legislador en relación con la necesidad de introducir cambios notables en el diseño de las relaciones paternofiliales en contextos de violencia machista.

En este momento, ya existía reflejo normativo de esta cuestión en la legislación foral o especial:

(i) En el art. 236 apartado quinto de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, se establecía que la autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes, si la relación puede perjudicar el interés de los hijos, o si existe justa causa, concurriendo esta siempre que los menores son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista.

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

(iii) El art. 80, apartado seis del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, determina que no cabe la atribución de la guarda y custodia, sea individual o sea compartida, al progenitor que “esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

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

e) Tras ello, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dio nueva redacción al art. 1.2 LOVG para reconocer expresamente que los menores también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares. Lo mismo que había hecho previamente el art. 10 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito. También en el año 2015, se modifican por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los arts. arts. 153.2 y 173.2 del Código penal para formular la protección penal directa de las víctimas menores.

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

Por lo que hace al régimen de relaciones parentales la disposición final 3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, modifica los arts. 65 y 66 LOVG. En su primera redacción estos preveían que el órgano judicial pudiera suspender con carácter cautelar o definitivo el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, o el régimen de visitas por parte del inculcado por violencia de género, y respecto de los menores de él dependientes. La modificación de 2015 establece, reiterando las previsiones anteriores, que el órgano judicial

podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de las facultades vinculadas a la responsabilidad parental respecto de los menores que dependan de él, pero añade además que si no adopta esta decisión deberá pronunciarse, en función del supuesto concreto, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o guarda de hecho, o el régimen de estancia, relación o comunicación de los menores que dependan de él.

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

g) Poco después, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 (recurso núm. 36-2015) fijó como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato a su cónyuge, al menor o a alguno de sus hermanos, valorando los factores de riesgo existentes.

h) En la XII legislatura se aprueba por asentimiento una propuesta presentada a instancia de los grupos parlamentarios Popular en el Congreso, Socialista, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, Ciudadanos, de Esquerra Republicana, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto, de crear, en el seno de la Comisión de Igualdad, una subcomisión para estudiar la elaboración de un pacto de Estado en materia de violencia de género. La subcomisión será creada por el Pleno del Congreso en su sesión de 21 de diciembre de 2016 (“BOCG” de 30 de diciembre de 2016). El 28 de septiembre de 2017 se aprobaría el informe

de la subcomisión por unanimidad del Pleno del Congreso de los Diputados, resultando de ese texto el pacto de Estado que firmaron los distintos grupos parlamentarios (entre los que todavía no se encontraba el de pertenencia de los recurrentes en el presente proceso constitucional), ratificándolo las comunidades autónomas y las entidades locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias en diciembre del mismo año.

El eje cuarto del pacto se refiere a la intensificación de la asistencia y protección específica de los menores, lo que parte de su reconocimiento como víctimas directas y propone, entre otras cosas, la revisión de las medidas civiles relativas a la custodia de los menores, apuntando en la línea marcada por la legislación foral. En este marco, la medida 204 propone “establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004”. Y, por su parte, la medida 207, propone “desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, modificar el artículo 156 del Código civil para que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando exista sentencia firme o hubiera una causa penal en curso por malos tratos o abusos sexuales”. Resulta sencillo identificar que son estas dos medidas las que se llevan a los apartados 10 y 19 del artículo segundo de la Ley 8/2021.

La descripción previa, pone de manifiesto que la modificación normativa sometida a juicio de constitucionalidad surge en el contexto de un desarrollo legislativo y jurisprudencial que va atribuyendo una naturaleza propia y específica, pero siempre dentro de las medidas para atajar la violencia machista, a la violencia ejercida contra los hijos y las hijas de una pareja en la que también la madre sufre violencia. Sin perjuicio de que el alcance de la norma, tal y como ha quedado finalmente redactada, pueda ser más amplio, resulta claro que la finalidad de la progresión regulatoria pretende incrementar la protección de los menores y de sus madres, precisando de forma paulatina el alcance de las relaciones parentales en este contexto. Esa definición progresiva supone, por cuanto la norma avanza en concreción de la actividad jurisdiccional, un condicionante de esa actividad, que no tiene por qué ser considerado inconstitucional por el solo motivo de darse.

3. La interpretación sobre el margen de actuación del órgano jurisdiccional en relación con el art. 94 CC

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

Esta interpretación, y el argumento en que se funda, esto es la garantía del interés superior del menor que se conecta con el art. 39 CE en los términos que describe adecuadamente la sentencia, esquivada y elude la dicción literal del precepto, e ignora que la evolución normativa descrita previamente tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer progresivamente medidas más restrictivas del mantenimiento de las relaciones parentales, en aplicación de un principio de precaución y de protección que no es ajeno a la garantía del interés superior de los menores, buscando preservar además la integridad física y moral de sus madres. Y ello habida cuenta de que se constata, estadísticamente, la existencia de una innegable violencia vicaria, que utiliza el maltrato a los hijos como medida de presión y control de sus madres.

La salvaguarda del principio de conservación de la norma, como se ha dicho en repetidas ocasiones por el Tribunal “encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas

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

El art. 94 CC, en la redacción sometida a examen dice 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”.

Los términos literales del precepto son claros. Cuando existan indicios fundados de que alguno de los progenitores ha incurrido en actos o conductas de violencia de género o violencia doméstica (lo que se presupone en caso de que exista un procedimiento penal iniciado que se dirija contra el mismo), la regla general será la suspensión del régimen de estancias, visitas y comunicaciones, y solo de manera excepcional podrá la autoridad judicial acordar tales estancias, visitas y comunicaciones, a través de una resolución judicial en que se justifique adecuadamente cuáles son las razones, basadas en el interés superior del menor, que motivan el apartamiento de la regla general, tras llevar a cabo una valoración adecuada de la relación paterno filial.

No solo son claros, sino que son coherentes con la medida número. 204 del pacto de Estado contra la violencia de género, tal y como se recoge en el documento refundido de medidas de 13 de mayo de 2019. Y esta conexión resulta fundamental para identificar la

voluntad del legislador al elaborar la norma, en la medida en que podemos vincular este punto del pacto de Estado con la medida número 144 del informe de la subcomisión para un pacto de Estado en materia de violencia de género. En las comparecencias que sirvieron de fundamento a las medidas incluidas en el informe se encuentran las razones que justifican la norma que ahora examinamos: (i) la protección de la vida, integridad física y psíquica y seguridad de las personas menores de edad frente a actos de violencia de género; (ii) la protección del libre desarrollo de la personalidad de las personas menores de edad, que se ve perturbada por la exposición a o convivencia con cualquier clase de violencia de género; (iii) evitar la perpetuación de este tipo de violencia a través de la reproducción, por parte de los hijos e hijas, de conductas a las que se hayan visto expuestos o con las que hayan tenido que convivir durante su minoría de edad; (iv) proteger a las mujeres y a las personas menores de edad bajo su cargo de la denominada violencia vicaria, esto es, —siguiendo en este punto la definición de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOVG)— 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 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.

La voluntad del legislador, por tanto, no permanece ajena a la protección de la mujer. La conexión de la norma con el pacto de Estado resulta manifiesta. Y la literalidad de la disposición apunta a la existencia de una regla general, restrictiva de los derechos parentales de quien está incurso en un procedimiento por ejercer violencia machista, que puede admitir excepciones, pero que ha de ser taxativamente aplicada por el órgano judicial. Como bien afirma la sentencia en el FJ 3, ni el art. 39 CE, ni el art. 117.3 CE, ni el art. 24.1 CE, “vedan que el legislador pueda dictar una regulación general por la que determine la resolución que deba adoptarse, en relación con las estancias y visitas, en los procedimientos civiles y penales modulando de este modo la capacidad decisoria de los órganos judiciales”. Y el legislador opta, dentro de su margen constitucional de actuación y la libertad regulatoria que se le reconoce, por establecer una regla general a la definición del régimen de relaciones parentales en supuestos de violencia machista o de sospecha de que pudiera estarse dando violencia machista en el entorno familiar.

La interpretación de la norma en el contexto temporal en el que se aprueba conduce a la misma conclusión. En el momento en que fue elaborado el informe de la subcomisión del

Congreso ya se contemplaba específicamente en el artículo 66 LOVG, la posibilidad de suspensión del régimen de visitas, estancias y comunicaciones de los hijos e hijas menores de edad con el progenitor inculcado por violencia de género. Tras más de diez años de vigencia del precepto, su aplicación efectiva por los tribunales de justicia resultaba, sin embargo, claramente insuficiente atendiendo a los datos publicados por el Observatorio contra la violencia doméstica y del género del Consejo General del Poder Judicial. Pese a que el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004 estaba plenamente en vigor desde el 28 de enero de 2005, los datos proporcionados por el Observatorio del Consejo General del Poder Judicial indicaban que durante el periodo correspondiente a los cuatro años precedentes a la elaboración y aprobación del informe de la subcomisión del Congreso, en aquellos casos en que se habían concedido bien orden de protección penal, bien medidas penales de protección de la víctima de violencia de género, solo se había acordado suspensión del régimen de visitas, estancias y comunicaciones con el progenitor incurso en tales procedimientos en un porcentaje inferior al 5 por 100 (3,17 por 100 en 2013; 3,32 por 100 en 2014; 3,78 por 100 en 2015, y 4,24 por 100 en 2016). En el año 2017, en que se llevaron a cabo las labores de la subcomisión creada en el Congreso de los Diputados, el porcentaje de suspensiones de régimen de visitas, estancias y comunicaciones con el progenitor incurso en proceso penal por violencia de género cayó a su cifra más baja en la serie histórica (2,9 por 100), coincidiendo con un repunte muy grave del número personas menores de edad víctimas mortales de la violencia vicaria (ocho menores, la cifra más alta en la serie histórica). Las cifras se mantienen en la misma línea después de la aprobación del pacto de Estado: 2,9 por 100 de suspensiones de régimen de visitas dentro del total de órdenes y medidas de protección concedidas a víctimas de violencia de género en 2018; 3,04 por 100 en 2019, y 3,01 por 100 en 2020.

Atendiendo a esta evolución de los datos resulta evidente que no bastaba con los instrumentos legales con que se contaba, hasta la entrada en vigor del precepto impugnado, para atender de manera real y efectiva a esta necesidad de protección. En este contexto, la necesidad de proteger a las personas menores de edad no solo de esta clase extrema de violencia de género, sino también de las consecuencias nocivas para su desarrollo físico, psíquico y emocional que derivan demostradamente de la convivencia con esta clase de violencia, apuntaban a la necesidad de modificar el régimen preexistente. Así se refleja en el informe de la subcomisión y en el pacto de Estado. Y así se traslada a la norma impugnada. El sentido de la reforma legislativa enjuiciada era transformar la excepción aplicativa hasta ese

momento en la regla general para asegurar la adopción de medidas de limitación de las relaciones parentales en los casos de violencia de género, pudiendo mantenerse incólumes dichas relaciones allí donde el órgano judicial lo apreciase, motivadamente, oportuno.

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

4. El interés superior del menor entendido de forma completa y compatible con la protección de las mujeres frente a la violencia

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

Es cierto que la norma sometida a control de constitucionalidad responde de manera directa al deseo y la necesidad de preservar el interés superior del menor, pero este interés no se enfoca tanto hacia la preservación de sus relaciones familiares como hacia la protección de las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y para el libre desarrollo de su personalidad derivan de su exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica. Esta protección de la vida, integridad física y moral de las personas menores de edad, amparada no solo por el artículo 39 CE sino también por el derecho fundamental consagrado en el artículo 15 CE, y el deseo de garantizar el libre desarrollo de su personalidad en los términos que exige el artículo 10.1 CE, se sitúan claramente por el legislador por delante del mantenimiento de las relaciones

familiares en aquellas situaciones de conflicto que exijan llevar a cabo un juicio de ponderación entre ambas manifestaciones del interés del menor.

Esta opción legislativa encuentra, a nuestro juicio, pleno amparo constitucional no solo en la libertad de configuración del legislador y en el artículo 39 CE, profusamente analizados en la sentencia aprobada por la mayoría, sino también, y de manera prioritaria, en la protección de los derechos fundamentales a la vida e integridad física y moral de las personas menores de edad (art. 15 CE) y la garantía del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), que, como fundamento del orden político y la paz social, ha de inspirar la actuación de todos los poderes públicos.

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

Esta opción resulta asimismo coherente con las obligaciones asumidas por el Estado español a través de los tratados internacionales válidamente ratificados por el mismo, en particular el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, cuyo artículo 31, apartado segundo, expresamente dispone que “[l]as partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños”.

La deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género en general y a la violencia vicaria en particular constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria, que

claramente se sitúa en el origen y fundamento del precepto examinado, y que se ha cobrado ya la vida de cuarenta y siete niños y niñas desde el año 2013, en que comenzaron a recopilarse datos relativos a esta particular clase de violencia. La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

Madrid, a trece de septiembre de dos mil veintidós.