

LA SUSPENSIÓN, O NO ADOPCIÓN, DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

Por Vicente Magro Servet
Magistrado del Tribunal Supremo
Doctor en derecho



La Ley integral de protección de la infancia y la adolescencia contra la violencia se caracteriza por la gran heterogeneidad de medidas que se han incluido en el texto, al tratarse de una Ley integral que abarca distintas áreas y facetas, para intentar proteger al máximo al menor bajo el criterio y prisma que han enfocado en la misma de la consideración del interés del menor como elemento esencial sobre el que gira la filosofía propia en la aprobación del texto legal.

Sobre el concepto *interés superior del menor* ya tratamos en la Sala segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia 439/2018 de 3 Oct. 2018, Rec. 2504/2017, donde destacamos que se recoge este concepto en "el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, según redacción dada por Ley Orgánica 8/2015.

Así las cosas, la doctrina científica más autorizada en este tema de tratamiento de abusos sexuales a menores destaca que:

a) El superior interés del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo valorarse en relación con él aquellos intereses y los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados (art. 2.1 y 4)

b) Se ofrecen por el legislador los criterios generales de interpretación y los específicos para el caso concreto, teniendo en cuenta los elementos generales que determina (art. 2.2 y 3)."

"La Ley integral de protección de la infancia y la adolescencia contra la violencia se caracteriza por la gran heterogeneidad de medidas que se han incluido en el texto, al tratarse de una Ley integral que abarca distintas áreas y facetas"

Del mismo modo, tratamos sobre este concepto en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 615/2018 de 3 Dic. 2018, Rec. 778/2018, donde añadimos que: "ello conlleva la protección de los menores y el respeto al "interés del menor" en toda medida o actuación que le pueda afectar en el desarrollo de su personalidad, destacando, como se ha puesto de manifiesto, que quien tenga asumida por razones de familia, o en la escuela, un posición de ascendencia, o control periódico del menor debe evitar cual-

quier acto que implique violencia contra los menores, sea ésta de contenido físico, psicológico y, sobre todo, sexual, dado el tremendo daño que ello causa a los menores en el desarrollo de su personalidad, dado que, aunque no se pueda percibir, los menores víctimas de actos sexuales, físicos, o de maltrato psicológico asumen un proceso de victimización que se extiende a lo largo de su vida, de ahí que deban abstenerse estas personas de llevar a cabo cualquier acto que implique el ejercicio de este tipo de actos, debiendo tener su debido reproche penal en la descripción de los tipos penales y su aplicación por los Tribunales.

En este escenario, la protección de los menores debe convertirse por las Administraciones Públicas en objetivo de primer grado para evitar que exista una "victimización encubierta" de los menores enmarcado en contextos de familia o educativos donde pueda resultar difícil su detección, y la obligación de todos de vigilar cualquier tipo de conducta que pueda estar realizándose que atente contra el menor en cualquiera de las facetas expuestas, poniendo en marcha todos los mecanismos de actuación urgente para detectar y detener estas conductas de inmediato, y la correspondiente derivación penal ante el ejercicio de actos de contenido sexual, o de violencia física o psicológica."

De lo que se trata es de evaluar que el menor puede sentirse afectado como víctima directa de los actos de violencia que surjan en el hogar, ya que el texto legal también hace que los menores pasen a ser víctimas directas, y no indirectas de la violencia de género, por el grave daño que esta violencia causa en el desarrollo de su personalidad.

Pues bien, dicho esto, uno de los temas más importantes que se han incluido en la reforma se refiere a la afectación del régimen de visitas de personas sometidas a un proceso penal en condición de investigados al adoptarse desde el punto de vista civil una especie de medida cautelar mientras está incurso en el proceso penal el investigado que está tramitando al mismo tiempo un procedimiento de separación o divorcio.

No se ha recogido esta mención en la reforma del código penal donde, por ejemplo, sí que se ha mencionado en el art. 140 bis la imposición preceptiva de la privación de la patria potestad en los casos de crímenes de género o tentativa de estos delitos, bien de homicidio, o bien de asesinato, pero, sin embargo, no se ha hecho mención en el Código Penal a una medida cautelar de la suspensión del régimen de visitas, al circunscribirse la imposición de esta medida solamente en los procedimientos civiles en donde se esté tramitando una separación o divorcio. Sin embargo, en estos casos habrá que recordar y hacer mención a la referencia del artículo 49 bis LEC.

Ello es importante a la hora de saber y conocer si debe ser el juzgado de familia el que tramite el procedimiento de separación o divorcio y sea el competente para adoptar esta medida de suspensión del régimen de visitas, o si debe ser el juez de violencia contra la mujer, que, a su vez, está conociendo de la instrucción del proceso penal el que tramite la separación o divorcio del investigado en el mismo proceso penal, y al que se podrán adoptar las medidas de suspensión del régimen de visitas con carácter preceptivo y no facultativo, ya que la normativa, como ahora veremos, lo que establece es la preceptividad de la suspensión del régimen de visitas, no la facultad del juez civil de acordarlas, o no, en base a las circunstancias que se consideran respecto al caso concreto.

Lo que está claro es lo que dice la norma, pero en el Código Civil insistimos, no en el proceso penal es en



donde se procede a regular la adopción de medidas cautelares en el proceso civil de separación o divorcio, circunscribiéndolo no a la existencia de una sentencia firme, sino, simplemente, a la existencia de la investigación de un procedimiento penal en que está incurso el investigado por un hecho de malos tratos, lo que dará lugar de forma automática y no facultativa a la suspensión del régimen de visitas.

De esta manera, se recoge en la nueva redacción del art. 94 CC segundo párrafo 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 de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, el Juez podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.*

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.

Con ello, se suspende, o no se acuerda, el régimen de visitas:

- a.- Por estar incurso en un proceso penal de malos tratos.
- b.- Por haberse acordado prisión en un proceso penal de malos tratos.