
SENTENCIA 106/2022, de 13 de septiembre (BOE núm. 253, de 21 de octubre de 2022)

Votos particulares

1. 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 disentimos 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 inculpado 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. 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 paternofamiliar”.

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 paternofilial.

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.