



Roj: **STS 3402/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3402**

Id Cendoj: **28079110012022100620**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2022**

Nº de Recurso: **5819/2021**

Nº de Resolución: **625/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1027/2021,**
STS 3402/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 625/2022

Fecha de sentencia: 26/09/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5819/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, SECCIÓN 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 5819/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 625/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 26 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Verónica , representada por la procuradora D.^a Ana Jesús García Pérez, bajo la dirección letrada de D.^a Isabel Araceli González Hernández, contra la sentencia dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación n.º 23/2021, dimanante de las actuaciones de guarda, custodia y alimentos n.º 92/2018, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de DIRECCION000 . Ha sido parte recurrida D. Luciano , no personado en las presentes actuaciones.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Ana Jesús García Pérez, en nombre y representación de D.^a Verónica , interpuso demanda sobre guarda, custodia y alimentos contra D. Luciano , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se acuerden las siguientes medidas, con imposición de costas a la parte contraria, por su evidente temeridad y mala fe:

1) Conferir a la madre Doña Verónica , la guarda y custodia de la hija menor de edad Angelica .

Atribuir a los dos progenitores el ejercicio compartido de la patria potestad, lo que significa que el padre y la madre han de adoptar por consenso las decisiones que incumban a la hija, y que ambos tendrán acceso a cuanta información relevante se refiera a la menor, particularmente en todo lo relativo a la educación y la salud del hijo.

2) Dadas las circunstancias del caso concreto, derivadas del Auto mencionado al inicio de esta demanda en virtud del cual se adopta el acuerdo de alejamiento e incomunicación del demandado respecto a mi defendida, es conveniente establecer el mismo régimen de visitas que se adoptó en el repetido Auto, esto es, a través del punto de encuentro exclusivamente los sábados alternos durante tres horas.

3) En concepto de pensión alimenticia a la hija menor, el demandado, Don Luciano , dada su condición de empresario, y de los escasos recursos económicos de mi representada, abonará su hija la suma de 400 euros (CUATROCIENTOS EUROS) mensuales, debiendo ingresar dicho importe puntualmente en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria abierta a nombre de mi patrocinada en la Caixa de DIRECCION000 y que tiene la siguiente enumeración: NUM000 .

4) Los gastos extraordinarios serán abonados por ambos progenitores por mitad. Se entiende por tales los imprevistos y que no tengan un devengo periódico, como gastos de enfermedad, hospitalización, tratamientos especiales, odontología, ortodoncia u óptica, o farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados o afiliados los progenitores, actividades extraescolares o de apoyo académico, cursos fuera del centro escolar, etc."

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de DIRECCION000 y se registró con el n.º 92/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El demandado, D. Luciano fue declarado en rebeldía por resolución de 4 de octubre de 2018.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de DIRECCION000 dictó sentencia de fecha 16 de marzo de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda presentada por la representación procesal de Verónica contra D. Luciano y en consecuencia debo acordar y acuerdo, las medidas siguientes en relación con la hija menor común Angelica :

1º.- La guarda y custodia de la menor de edad Angelica habida entre ambos, se atribuye exclusivamente a D.^a Verónica , correspondiendo igualmente a ésta con carácter exclusivo el ejercicio de la patria potestad, suspendiendo la patria potestad del padre.

2º.- Se establece a favor de D. Luciano el siguiente régimen de visitas una vez que el mismo salga del centro penitenciario en que se encuentra cumpliendo pena de prisión, consistente en dos visitas semanales a favor de D. Luciano a desarrollar en el Punto de Encuentro + Familia de DIRECCION001 siendo las mismas tuteladas. Dichas visitas tendrán una duración de entre una hora y una hora y media según lo que fije el Punto



de Encuentro, quedando la organización de dichas visitas a disposición del Punto de Encuentro. En caso de que surjan problemas con dicha Organización, deberá comunicarse a este Juzgado a los efectos de que adopte las medidas oportunas, que podrán comprender la modificación del régimen establecido o la fijación de un régimen subsidiario para el caso de no existir acuerdo entre los progenitores y el Punto de Encuentro.

3º.- Se establece como pensión de alimentos a favor de la menor que deberá ser satisfecha por el padre, la cantidad de 200 euros mensuales, que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días en la cuenta designada por la madre. Dicha cantidad queda reducida a 150 euros mensuales mientras D. Luciano se encuentre en prisión, aumentándose inmediatamente hasta los 200 euros. Estas cantidades se actualizarán anualmente en virtud del incremento que experimente el IPC anual o el índice autonómico equivalente.

En materia de gastos extraordinarios, serán abonados al 50% por cada progenitor. Para que un gasto sea calificado como extraordinario (a salvo los pactos contenidos en los convenios judicialmente aprobados, que prevalecen) y deba ser abonado por ambos progenitores ha de reunir los siguientes requisitos:

a) Que no esté comprendido en el concepto general de alimentos. La expresión pensión alimenticia se utiliza para designar la contribución del progenitor no custodio, en cumplimiento de la obligación legal, al pago de los gastos causados por la alimentación de los hijos en toda la extensión del término: sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción. Tribunal Supremo Sala 1ª, S 15-10-2014, n.º 579/2014, rec. 1983/2013. A tenor de la doctrina de esta Sala, SAP 23 de mayo de 2013 y las que en ella se citan, no pueden considerarse como tales los gastos correspondientes a matrículas, uniformes, libros y material escolar; sí pueden serlo, según los casos, los motivados por clases particulares y actividades extraescolares no regulares, así como por consultas médicas, psicológicas y ortodoncia que no estén cubiertos por la Seguridad Social y reúnan todos los demás requisitos.

b) Necesario, en el sentido de que haya de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes, del alimentista; en contraposición a lo superfluo, secundario o prescindible sin menoscabo para el alimentista.

c) Imprevisible: no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos: STS Sala 1ª de 15 octubre 2014.

d) Su importe debe ser acorde con el caudal del alimentante por aplicación del art. 146 CC.

e) Que ese gasto se haga con conocimiento y consentimiento, expreso o tácito, del progenitor a quien se reclama o, en su defecto, precediendo autorización judicial, salvo en casos de urgencia, cuando pueda estar comprometida la salud o la integridad física del alimentista.

Cada parte abonará sus propias costas y las comunes por mitad, si las hubiera".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Verónica .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 23/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de marzo de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D.ª Verónica , contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, confirmando la sentencia recurrida, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Ana Jesús García Pérez, en representación de D.ª Verónica , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"MOTIVO ÚNICO: Vulneración de los artículos 9.1 y 9.3, en relación con el artículo 18.1.1 de la Convención del Niño, artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño que establece como primordial la consideración del interés del menor, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992 que establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño, artículo 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia que establece que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno libre de violencia primando el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, artículos 94.1, 154, 158.4 del Código Civil, artículos 65 y 66 de la Ley De Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y artículo 39 de la Constitución Española.



Existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida, en concreto: Sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Civil, n.º 680/2015, Rec 36/2015 de 26 de noviembre de 2015, Sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Civil n.º 54/2011, Rec 500/2008 de 11 de febrero de 2011".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Verónica contra la sentencia dictada con fecha de 4 de marzo de 2021 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 23/2021, dimanante del juicio de medidas paterno-filiales n.º 92/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 1 de DIRECCION000 .

2.º De conformidad y a los fines dispuestos el art. 485 LEC, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

Contra este Auto no cabe recurso".

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, que evacuó el traslado presentando el correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 4 de julio de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de septiembre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

Es objeto del proceso la determinación de si procede ratificar o suspender el régimen restrictivo de comunicación del demandado con su hija, que cuenta actualmente con cuatro años de edad, en función de que ha sido condenado por delitos de violencia de género contra la madre de la niña, con la circunstancia agravante de reincidencia, y sus deficiencias para asumir el rol de padre, todo ello en aplicación del principio primordial de interés y beneficio de la menor que rige en el ámbito del derecho de familia.

A los efectos decisorios del presente proceso partimos de los antecedentes siguientes:

1.- El 26 de febrero de 2018, en diligencias urgentes n.º 188/2018, se dictó orden de protección por el Juzgado de Instrucción número 4 de DIRECCION000 contra el demandado D. Luciano , decretando la prohibición de aproximación y comunicación a su pareja, demandante en este proceso, D.ª Verónica , la atribución a ésta de la guarda y custodia de la hija menor, nacida el NUM001 de 2017, un régimen de visitas a favor del padre de tres horas los sábados alternos en el Punto de Encuentro y el establecimiento de una pensión de alimentos con cargo a éste de 150 € mensuales.

2.- El 26 de marzo de 2018, la representación legal de D.ª Verónica interpuso demanda sobre guarda y custodia y alimentos frente a D. Luciano , en la que se postuló la ratificación de las anteriores medidas, dando lugar al juicio verbal n.º 92/2018 del mismo Juzgado, seguido en rebeldía del demandado.

3.- El 12 de junio de 2018, se dictó auto por el Juzgado número 4 de DIRECCION000 en el que se ratificaron las medidas civiles fijadas en la orden de protección, con las modificaciones propuestas por el punto de encuentro de familia (PEF), en cuanto al régimen de visitas, fijándose dos visitas semanales de una hora u hora y media de duración en dicho centro.

4.- El 22 de febrero de 2019, se celebró la vista en el anterior procedimiento, en el que demandante y Ministerio Fiscal, con la aquiescencia del demandado, propusieron un régimen de visitas de ampliación progresiva, si los informes del PEF fueran favorables, bajo el calendario siguiente: los 6 primeros meses se mantendría el anteriormente establecido; en los 6 meses siguientes, se extendería a tres horas los sábados y domingos alternos también en el PEF; y, por último, 6 meses después se ampliaría a sábados y domingos alternos, sin pernocta, con entrega y recogida en el punto de encuentro, así como una tarde intersemanal.

5.- El 1 de marzo de 2019, el demandado fue condenado por sentencia firme por el referido Juzgado de Granadilla (Juicio Rápido n.º 255/19, ejecutoria n.º 450/19 del Juzgado de lo Penal número 9 de Sta. Cruz de Tenerife), como responsable, en concepto de autor, de un delito continuado de quebrantamiento de condena, un delito de maltrato del art. 153.1 y 3 CP y un delito continuado de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género del art. 171.4 CP, concurriendo, en los dos últimos delitos, la agravante de reincidencia, imponiéndose



penas de 7 meses y 10 días de prisión por el primero de los precitados ilícitos criminales, así como sendas penas de 8 meses de prisión y prohibición de aproximarse y comunicar con D.^a Verónica durante un periodo de 32 meses, por los otros delitos de maltrato y amenazas. Según liquidación de condena, la pena privativa de derechos quedará extinguida el 17 de mayo de 2025.

6.- El Sr. Luciano había sido anteriormente condenado por el mismo Juzgado, por sentencia firme de 7 de mayo de 2018 (Juicio Rápido n.º 188/18), como autor de un delito de amenazas leves y un delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género, a las penas, respectivamente, de 20 y 38 días de trabajos en beneficio de la comunidad y prohibición de aproximación a D.^a Verónica durante un periodo de 12 meses por cada delito.

7.- El 14 de marzo de 2019, se dictó auto en el procedimiento civil acordando la suspensión del régimen de visitas con la hija menor hasta que se dictara resolución en sentido contrario, al haber ingresado el padre en prisión para el cumplimiento de la condena, así como la emisión de dictamen pericial sobre las habilidades parentales del Sr. Luciano, valoración de su estado psiquiátrico y la idoneidad del régimen acordado en el acto de la vista celebrada el 22 de febrero de 2019.

8.- El 16 de marzo de 2020, el Juzgado número 4 de DIRECCION000 dictó sentencia, en el procedimiento de familia que nos ocupa, en la que se atribuía a la madre la guarda y custodia y el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre la hija menor, fijando un régimen de visitas con el padre, consistente en dos visitas semanales de hora u hora y media de duración tuteladas y a desarrollar en el PEF, una vez que el padre saliese de prisión.

9.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la Sra. Verónica, en el que interesó la suspensión del régimen de visitas hasta que el progenitor paterno se someta a control y seguimiento psiquiátrico y se emitan los oportunos informes favorables. El demandado siguió sin personarse en las actuaciones.

Por sentencia de 4 de marzo de 2021, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tenerife, se desestimó el recurso de apelación.

En la precitada resolución la Audiencia razonó sobre tal cuestión:

"No se ignoran en la resolución recurrida, ni tampoco por este tribunal, las graves circunstancias que concurren en el demandado (y que, inclusive, han llevado a que la resolución recurrida acuerde el ejercicio exclusivo de la patria potestad en favor de la madre), circunstancias que se reflejan en el informe pericial que obra en las actuaciones a los folios 90 y siguientes, que van desde la comisión por el apelado de varios delitos de violencia de género, estando, como se expuso, cumpliendo pena de prisión, por lo que existe un prácticamente nulo contacto con la menor (de solo tres años de edad en la actualidad, como nacida en NUM001 de 2017), hasta los desajustes psicológicos que recoge el informe pericial, en el cual también se recoge historial de fracasos sociales y laborales asociados al consumo de drogas, que es una persona impulsiva y hostil, que se encuentra furioso la mayor parte del tiempo y expresa libremente su ira y hostilidad.

[...] Nos encontramos ante unas visitas de muy escasa duración (apenas una hora u hora y media, dos días a la semana), que deben desarrollarse en un Punto de Encuentro, y que además deben ser tuteladas por los profesionales correspondientes. Entendemos que estas precauciones son suficientes para evitar cualquier perjuicio para la menor y para conseguir que puedan llegar a normalizarse con el tiempo las relaciones paterno filiales, y todo ello, sin perjuicio (como ya se recoge en la resolución recurrida) que de los oportunos informes que emitan los profesionales pueda y deba variarse atendiendo a su evolución, bien para su ampliación o bien también para ser más restrictivo o incluso llegar a la suspensión".

10.- Contra la citada sentencia D.^a Verónica formuló el presente recurso de casación.

SEGUNDO.- *El recurso de casación y la posición del Ministerio Fiscal favorable a su estimación*

2.1 *Fundamento y desarrollo del recurso*

Se interpuso por interés casacional y se alegó la vulneración de los artículos 9.1 y 9.3, en relación con el artículo 18.1.1 de la Convención del Niño, artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño que establece como primordial la consideración del interés del menor, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, que establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño, artículo 2 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que establece que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno libre de violencia primando el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, artículos 94.1, 154, 158.4 del Código Civil, artículos 65 y 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y artículo 39 de la Constitución Española.



Se alegó como jurisprudencia infringida la derivada de las sentencias de esta Sala n.º 680/2015, de 26 de noviembre, y n.º 54/2011, de 11 de febrero.

En el desarrollo del recurso se señaló, en síntesis, que la Sala manifiesta que constan acreditadas las graves circunstancias concurrentes y con base en ello concluye que se adopta un régimen de visitas tan restrictivo; sin embargo, resulta incongruente (basándonos en el interés superior de la menor) que, en vez de someter al padre a un control psicológico que minimice al máximo los riesgos para la menor, se acuerde someter a una menor, de tan solo 3 años, a tener que lidiar con el carácter violento, hostil e impulsivo de su padre para ver cómo evolucionan las visitas y en función de estas restringirlas más, suspenderlas o ampliarlas.

En el caso que nos ocupa, la relación padre-hija puede resultar perjudicial para la menor debiendo, por tanto, predominar la cautela a la hora de fijar un régimen de visitas, dado que tratar con alguien de carácter agresivo y hostil, con graves desajustes psicológicos, pueden generar en la menor un daño emocional y psicológico irreparable y más teniendo en consideración, debido a su corta edad, la etapa psicoafectiva en la que se encuentra.

En definitiva, se postuló la suspensión del régimen de visitas entre padre e hija.

2.2 Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal, con apoyo en las disposiciones normativas aplicables al caso y oportuna cita jurisprudencial, interesó la estimación del recurso, al entender que el interés de la menor exige la suspensión del régimen de visitas del padre con la hija, lo que fundamenta en el siguiente conjunto argumental:

"a) Los antecedentes penales del progenitor por reiterados delitos de violencia de género, estando en vigor hasta 2025 la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la madre de la menor impuesta en el segundo de los procedimientos.

b) El carácter agresivo e impulsivo del Sr. Luciano, del que se desconoce si sigue el tratamiento farmacológico que le fue pautado hace 10 años por el psiquiatra de la Unidad de Salud Mental (Depakine, Risperdal y Rexer ...) y del que existen antecedentes de seguimiento irregular, con reacciones desproporcionadas por su parte cuando no está medicado.

c) La incapacidad para proporcionar a su hija los recursos emocionales, cognitivos y conductuales necesarios para afrontar de forma flexible y adaptativa su ejercicio parental, debido a sus desajustes psicológicos.

d) El rechazo que muestra hacía la madre de la menor, a la que responsabiliza de su ingreso en prisión, anteponiendo dicha animadversión al ejercicio de las funciones parentales: "si tengo que renegar de mi hija lo haré pero yo a esa no la quiero ver ni en pintura, no quiero saber nada de la madre de mi hija, es mala persona... que mi hija cuando cumpla 18 años y tenga libertad de ver a su padre, pues ahí yo empezaré a tener contacto con ella y le contaré la verdad de todo".

e) La limitada relación habida entre padre e hija desde que esta nació, pues, tal como consta en el informe pericial, durante la convivencia con la madre pasaba largo tiempo fuera de casa por las continuas discusiones, llegando a afirmar que "cuando más tiempo he visto a mi hija desde que nació fue cuando la vi en el PEF, contacto que se interrumpió cuando aquella tenía año y medio al ingresar el padre en prisión. No consta que se hayan reanudado las visitas una vez abandonó la prisión.

f) El escaso interés mostrado por el padre en la reanudación del contacto con su hija, como se deduce de sus manifestaciones y del hecho de que no se haya personado en el procedimiento, en ninguna de sus instancias.

g) La corta edad de la menor, su indefensión y el riesgo que para su desarrollo y estabilidad emocional puede suponer el carácter agresivo y la falta de habilidades parentales del progenitor.

h) Rechazo del progenitor a seguir un régimen de visitas supervisado en el PEF: "yo no voy a pasar otra vez por el Punto de Encuentro para ver a mi hija, eso no es una cosa privada, no puedo ni ir a pasear con mi hija por ahí ni tenerla a solas".

TERCERO.- El interés y beneficio de los menores y el régimen de comunicación con sus progenitores

3.1 La trascendencia jurídica del régimen de comunicación entre padres e hijos

Los padres constituyen el centro del núcleo afectivo y de dependencia de su prole. El rol de aquellos es trascendente en el desenvolvimiento futuro de sus hijos, transmitiéndoles señales de aceptación o de rechazo, inculcándoles valores éticos, propiciando su socialización y, en definitiva, el desarrollo de su personalidad. La existencia de positivas interacciones entre padres e hijos es decisiva en el desarrollo ulterior de los menores. O, dicho de otra forma, la dinámica familiar no discurre ajena a los hijos, sino que mueve los cimientos de su desarrollo.



A un niño o a una niña, que disfruta de lazos afectivos y de apego seguro con sus progenitores, no se le puede privar del contacto y comunicación con ellos, lo que se configura como un derecho del menor, una de cuyas plurales manifestaciones normativas se encuentra en el art. 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando proclama que: "Todo niño tiene derecho 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".

En el sentido expuesto, la STS 373/2013, de 31 de enero, proclama que: "debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque ambas funciones precisa el niño para el desarrollo emocional".

Ahora bien, comunicarse con sus hijos constituye también un derecho de los progenitores expresamente reconocido en el art. 94 del CC. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, en su sentencia 176/2008, de 22 diciembre, cuando señala 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 aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo "graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos".

En el sentido expuesto, se pronuncia la STEDH, sección 3.^a, de 18 de febrero de 2014, caso Fernández Cabanillas contra España, al proclamar que: "El TEDH reitera, a modo de premisa, que el disfrute de la compañía mutua por padres e hijos constituye un elemento fundamental de la "vida familiar" en el sentido del artículo 8 del Convenio (véase, entre otras, Saleck Bardi c. España, nº 66167/09, § 50, 24 de mayo de 2011, y R.M.S. c. España, nº 28775/12, § 68, 18 de junio de 2013)".

3.2 El interés superior de los menores y su carácter primordial

La falta de madurez y competencia de los niños y de las niñas inherentes a las limitaciones propias de la edad, la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, los sitúan, en no pocas ocasiones, en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados, en su perjuicio, en los conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores.

Es necesario, por consiguiente, preservar a los menores a la exposición de situaciones de riesgo cara a una deseada inserción futura en el mundo de los adultos, sin repercusiones peyorativas provenientes de las situaciones vividas. Todo ello sin perder además la perspectiva de que los niños y las niñas son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y, como tales, indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 5).

El menor, como individuo en formación, precisa pues de una protección especial, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo que es necesario preservar. En este sentido, el art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, establece, como manifestaciones de dicho interés, "promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad"; "minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro"; así como la "preparación del tránsito a la edad adulta e independiente".

En definitiva, quien no puede, por su edad, defenderse por sí mismo, ni velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas, para garantizar que aquellos sean debidamente respetados, y siempre, además, previa audiencia de los menores con suficiente juicio, para no ser postergados de las decisiones que más directamente les afectan.

Manifestación de lo expuesto la constituye la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales y administrativos para cuidar de dichos intereses (art. 749 LEC); o la posibilidad de la fijación de medidas de oficio por parte de los tribunales de justicia, como excepción a los principios dispositivo y de aportación de parte, conformadores de los pilares esenciales sobre los que se sustenta el edificio del proceso civil (arts. 158 CC y 752 LEC).

En el contexto expuesto, no puede extrañar que rija, como verdadero principio de orden público (SSTS 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre y 251/2018, de 25 de abril, así como SSTC 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3 o 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), la regla primordial del interés y beneficio de los menores en la adopción de las medidas personales y patrimoniales que les afecten.



En este sentido, las SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, subrayan que "[e]l interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". Y las SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, estiman, por su parte, que "es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención", con referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York.

La utilización de la expresión "consideración primordial" significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior y preferente para resolver los supuestos de colisión o conflictos de derechos en el que el menor pueda hallarse inmerso y que no sean susceptibles de recíproca satisfacción.

No es de extrañar, por lo tanto, la constante proclamación de la vigencia de tal interés superior que se refleja en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional (SSTC 77/2018, de 5 de julio; 64/2019, de 9 de mayo; 99/2019, de 18 de julio; 178/2020, de 14 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril; 113/2021, de 31 de mayo), como la desarrollada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, por citar algunas de las más recientes, sentencias 175/2021, de 29 de marzo; 438/2021, de 22 de junio; 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre entre otras muchas; así como, también, la propia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos; 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia; 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros también contra Francia; 12 de noviembre de 2013, caso Söderman contra Suecia; 18 de febrero de 2014, caso Fernández Cabanillas contra España entre otras muchas).

3.3 *El interés preferente del menor puede justificar la limitación y suspensión del régimen de comunicación entre padres e hijos*

En efecto, pueden concurrir circunstancias que justifiquen la limitación de tal régimen de comunicación o su suspensión, en tanto en cuanto un régimen de visitas impuesto resulte perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto "son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor" (STS 170/2016, de 17 de marzo).

Esta Sala, en sentencia 680/2015, de 26 de noviembre, ha declarado que: "[...] se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes". En el mismo sentido, ya se había pronunciado anteriormente esta Sala en la sentencia 54/2011, de 11 de febrero.

Por su parte, el art. 94 III del CC norma que la autoridad judicial podrá limitar o suspender el régimen de visitas "si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial", sin perjuicio de las prevenciones específicas que establece su párrafo IV, en los supuestos de 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 se adviertan la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, sin perjuicio de establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada, en el interés superior del menor, previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial, cuestión que abordaremos a continuación.

CUARTO- *Examen de las circunstancias concurrentes y estimación del recurso de casación*

En el contexto reseñado se mueve este proceso, en el que la parte recurrente en casación, con criterio compartido por el Ministerio Fiscal, en su función institucional de velar por el interés superior de los menores, considera contrario a dicha regla de orden público mantener el régimen de comunicación fijado, restrictivamente, por la sentencia de la audiencia provincial.

A los efectos decisorios del presente recurso hemos de partir de los condicionantes siguientes, que serán objeto de su particular desarrollo: los episodios reiterados de violencia de género en los que incurrió el demandado, su desinterés parental con respecto a la menor, su patología psiquiátrica y dificultades de control de los impulsos, su reticencia a los tratamientos, así como la falta de madurez de la niña para asumir los contactos programados con su progenitor y enfrentarse a las carencias del demandado en el desempeño del rol de padre. Todo ello, además, dentro del marco tuitivo en el que se desenvuelve la protección del menor en los supuestos de violencia del que son expresión los arts. 92 y 94 del CC.

4.1 *Los episodios de violencia de género*



En este caso, no ofrece duda que el padre ha sido condenado, con la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia, por incurrir en episodios de tal naturaleza contra la madre de la niña, lo que implica un desprecio por la persona más importante en la vida de la menor, en una situación que además no se encuentra superada, como consta en el informe psicológico elaborado, del que resulta que el demandado reacciona de manera verbalmente violenta hacia la madre de la niña, mostrando patente, actual y persistente rechazo hacia ella. Su problemática de pareja se halla enquistada y su modelo de comportamiento previo incide peyorativamente en la asunción del rol paterno, con riesgos para la menor por la desfiguración inducida a la que puede verse afectada sobre la consideración y estima que tiene sobre su madre.

La Resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) "que toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de derechos humanos y acto contra el interés superior del menor".

4.2 Las características patológicas de la personalidad del demandado y las correlativas dificultades de control de los impulsos y su reticencia a los tratamientos

En el informe del punto de encuentro consta que el progenitor es una persona agresiva y no está garantizada la integridad de la menor en su compañía sin supervisión.

En su exploración psicológica, se describe como impulsivo y agresivo con problemas con alcohol y que a los 17 años ya era politoxicómano. Relata episodios violentos en los que se ha visto inmerso. Afirmó tener un carácter agresivo alcanzando momentos de gran exaltación. En el informe psicológico consta que se encuentra furioso la mayor parte del tiempo y expresa libremente su ira y hostilidad. Constan antecedentes de tratamiento psiquiátrico desde los 10 años, y no resulta acreditado que, actualmente, siga con las indicaciones terapéuticas y farmacológicas que le fueron pautadas.

El peritaje concluye que presenta desajustes psicológicos que no le permiten proporcionarle a su hija los recursos emocionales, cognitivos y conductuales necesarios para afrontar, de forma flexible y adaptativa, su ejercicio parental. La comunicación con su hija debería ser supervisada, en su caso, por técnicos especializados.

4.3 Su desinterés parental

El padre no ha manifestado interés por mantener los contactos con su hija. Sus relaciones con la menor, antes de la judicialización del conflicto, eran realmente escasas, como el propio demandado reconoce: "la verdad es que yo vivir con la niña estuve poco, porque, como ya te dije, estaba más tiempo fuera que dentro de la casa porque discutíamos ... cuanto más tiempo he visto a mi hija desde que nació fue cuando la vi en el punto de encuentro". También manifiesta "yo no voy a pasar otra vez por el punto de encuentro para ver a mi hija, no es una cosa privada, no puedo ni ir a pasear con mi hija por ahí, ni tenerla a solas", "si tengo que renegar de mi hija lo haré, pero yo a esa no la quiero ver ni en pintura, no quiero saber nada de la madre de mi hija, es mala persona ... que mi hija cuando cumpla 18 años y tenga libertad de ver a su padre, pues ahí yo empezaré a tener contacto con ella y le contaré la verdad de todo".

El padre, en momento alguno, se personó en el presente procedimiento, ni en primera instancia, ni en apelación, ni en el recurso de casación, con lo que demuestra nulo interés por el establecimiento de un régimen de comunicación con su hija, que observa, con reticencias y mala disposición, como si fuera una suerte de obligación judicialmente impuesta. No concurren, en este caso, lazos afectivos y de apego seguro entre padre e hija.

4.4 La falta de madurez de la niña para asumir los contactos programados con su progenitor, enfrentarse a las carencias del demandado en el desempeño del rol de padre y características de su personalidad

Los graves desajustes psicológicos que el padre actualmente padece determinan su carencia para asumir funciones parentales, lo que coloca a la menor en una situación de vulnerabilidad, por la repercusión negativa sobre su persona, cuando, además, por su corta edad, carece de los resortes precisos para controlar una situación de tal naturaleza. No vemos, por consiguiente, que, en este concreto proceso, por el conjunto de circunstancias antes expuestas, no extrapolables a otros casos, el interés preferente de la menor conlleve el mantenimiento del régimen de comunicación predeterminado con su padre del que, además, reniega.

El padre deberá, si tiene un propósito serio y real de comunicarse con su hija, controlar sus impulsos y su situación de dominio derivada de una violencia de género no superada, que constituye un pésimo modelo y un manifiesto óbice de idoneidad para desempeñar el rol paterno, con respecto a una niña de cuatro años.

No consideramos, en el contexto descrito, que deba alterarse el orden lógico de las cosas, y, de esta manera, comprobar la evolución del padre en los contactos supervisados con su hija, asumiendo esta los peligros



ciertos que, para el desarrollo futuro de su personalidad, padezca, derivados de la falta de habilidades y condicionantes de la personalidad de su progenitor, en vez de que sea este, previamente, quien supere los actuales factores de riesgo que, notoriamente, concurren en su persona, para asumir el rol del padre en beneficio de la menor, aceptando el sometimiento a los tratamientos que precisa para superar las disfunciones que padece a los efectos de disfrutar un régimen de comunicación con su hija que le sea beneficioso a la niña y querido por su progenitor.

4.5 Prevalencia del interés superior del menor

En el caso presente, el interés de la niña exige, como destaca igualmente el Ministerio Fiscal, en su función institucional de velar por el bienestar de la menor, la suspensión del régimen de comunicación establecido.

En efecto, el interés del menor se ha considerado como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), toda vez que ha de prevalecer, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, "toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor" (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4).

En este marco tuitivo, el art. 2.2 c) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, señala que, a los efectos de determinar el interés superior del menor, es preciso ponderar "la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia".

4.6 La asunción de la instancia

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, casar la sentencia del tribunal provincial, y, asumiendo la segunda instancia, resolver el recurso de apelación interpuesto, y, con revocación de la sentencia pronunciada por el juzgado, acordar la suspensión del régimen de comunicación establecido.

Todo ello, en virtud del conjunto argumental antes expuesto, sin perjuicio del derecho del padre para solicitar un régimen de comunicación con su hija para el caso de constatación del cambio de las circunstancias, precedentemente analizadas, que así lo aconsejen, pues las actualmente concurrentes conducen a la suspensión del fijado por la audiencia en función del interés primordial de la menor.

QUINTO.- Costas y depósitos

La estimación del recurso de apelación y casación conduce a que no se haga especial pronunciamiento sobre costas y que proceda la devolución de los depósitos constituidos para recurrir (art. 398 LEC y disposición adicional 15.ª, apartado 8 de la LOPJ).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Verónica , contra la sentencia de 4 de marzo de 2021, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección primera, en el recurso de apelación n.º 23/2021, sin hacer especial condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Casar y anular dicha sentencia, estimar el recurso de apelación formulado por D.ª Verónica , contra la sentencia de 16 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 , en el juicio medidas paternofiliales n.º 92/2018. Se revoca dicha sentencia, en el único sentido de suspender el régimen de visitas entre el demandado D. Luciano con su hija, sin perjuicio de la revisión de tal medida por cambio de circunstancias, sin imposición de las costas de la alzada y devolución de depósito para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.