



Roj: **STS 694/2024 - ECLI:ES:TS:2024:694**

Id Cendoj: **28079110012024100162**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2024**

Nº de Recurso: **1172/2023**

Nº de Resolución: **129/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 129/2024

Fecha de sentencia: 05/02/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1172/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2024

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE ALMERÍA, SECCIÓN 1.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1172/2023

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 129/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 5 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.ª Herminia , representada por la procuradora D.ª M.ª Dolores Jiménez Tapia, bajo la dirección letrada de D.ª Irene Ruiz Moreno, contra la sentencia n.º 1394/22, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación n.º 1311/22,



dimanante del procedimiento de Guarda, Custodia y Alimentos n.º 273/8, del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Almería. Ha sido parte recurrida D. Evelio , no personado en las presentes actuaciones.

Ha intervenido 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 M.ª Dolores Jiménez Tapia, en nombre y representación de D.ª Herminia , interpuso demanda de regulación de las relaciones paterno-filiales contra D. Evelio , en la que solicitaba:

"[...] previos los trámites legales, incluido la unión a autos de las actuaciones a propósito de orden de protección para las víctimas de violencia doméstica solicitadas por mi mandante, adoptadas durante las mismas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer al que me dirijo (Autos de las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido número 22/2017), y con la intervención del Ministerio Fiscal, por el tribunal se acuerde ratificar y complementar dichas medidas, estableciendo:

"- La atribución de la guarda y custodia del menor a DOÑA Herminia , que es quien desde el nacimiento de la menor se ha ocupado de ella y con la que convive en exclusiva desde enero de 2017; siendo la patria potestad compartida.

"- Obligación de satisfacer pensión de alimentos a favor de la menor por parte del demandado en la cuantía de 200 euros.

"Contribuirá además al pago de la mitad de los gastos extraordinarios de sanidad y educación que genere la menor, así como aquellos otros que comprendidos dentro de los que se consideran alimentos en sentido amplio, carecen de periodicidad y/o previsión.

"El pago de los alimentos y gastos extraordinarios deberá prolongarse hasta que la hija alcanzando la mayoría de edad, sea económicamente independiente, y en todo caso estarán vigentes mientras continúe estudiando.

"- Supresión del régimen de visitas.

"Para el caso en que no se acceda a su supresión, se solicita, con carácter subsidiario, se establezca muy limitado, de manera tutelada y a través del punto de encuentro".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Almería y se registró con el n.º 2773/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Yolanda Gallardo Acosta, en representación de D. Evelio , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte finalmente sentencia por la que, o, determine como medidas o efectos derivados de la misma, los siguientes:

"1. RÉGIMEN DE VISITAS.-

" Durante la Semana.- La menor estará en compañía de cada uno de los progenitores los fines de semana alternos, recogiendo el padre a la menor en el punto de encuentro habilitado para el entrega de la menor al padre, los viernes a las 5 de la tarde, entregando el padre a la menor el domingo a las 8 de la tarde a la madre en el punto de encuentro.

"Además, la semana que al pare no le corresponda el fin de semana estar con la menor, estará con su hija dos días, martes y jueves, desde la salida del colegio, o en su defecto las 17 horas pernoctando con la menor ambos días y reintegrándolo en el colegio al día siguiente por la mañana.

"Vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano.- La mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, serán repartidas por mitad entre los progenitores, correspondiendo a la madre la primera mitad los años pares y la segunda los impares, y al padre a la inversa, haciéndose las siguientes puntualizaciones:

"La recogida del menor será a las 11 horas del primer día de vacaciones y finalizará a las 21 horas del último día que corresponda al que disfruta del primer periodo, o las 21 horas del último día de las vacaciones escolares al que disfrute del segundo periodo.

"En las vacaciones de Navidad, en todo caso, el primer periodo comprenderá Noche Buena y Navidad, y el segundo, Fin de Año y Reyes.



"Las vacaciones de verano comprenderán los meses de Julio y Agosto, y se distribuirán en cuatro quincenas, correspondiendo al padre elegir en los años impares las dos quincenas que estará con el menor, y a la madre en los pares, pudiendo ser consecutivas las referidas quincenas.

"2. PENSIÓN ALIMENTICIA.- El padre no ostente la guardia y custodia, abonará en concepto de pensión de alimentos la cantidad de 100 euros mensuales. Dicha cantidad deberá ser ingresada entre los días 5 a 10 de cada mes, en la entidad y en la cuenta que se designen por ambos progenitores. La cantidad abonada en concepto de alimentos, será actualizada anualmente a tenor de las variaciones porcentuales experimentadas por el IPC. Actualmente el padre solo cobra una pensión de 420 euros, por lo que le es del todo imposible dar más dinero actualmente.

"3. GASTOS EXTRAORDINARIOS.- Cualquier gasto de naturaleza extraordinaria referente a la hija será sufragado por los padres por mitad.

"4. GUARDIA Y CUSTODIA.- Se le atribuya a Dña Herminia , y la patria potestad compartida entre ambos padres".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º de Almería, dictó sentencia de fecha 10 de junio de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Dolores Jiménez Tapia, en nombre y representación de DÑA. Herminia , asistida por la Letrada Dña. Irene Ruiz Moreno, se presentó demanda de regulación de las relaciones paterno filiales frente a D. Evelio , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Yolanda Gallardo Acosta y asistida por el Letrado D. Rafael Fernández Oller, siendo parte el Ministerio Fiscal, procede adoptar las siguientes medidas definitivas:

"1.- Atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad, Beatriz , a la madre a quien también se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

"2.- Se suspende el Régimen de Visitas del progenitor no custodio con su hija menor de edad.

"3.- Se establece en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 100 euros mensuales en favor de la hija menor de edad que deberá satisfacer el padre en los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que designe la madre de estos. Dicha cantidad será actualizable de conformidad con el incremento del IPC anualmente. La citada cantidad deberá pagarse desde la presentación de la demanda.

"Igualmente deberá contribuir el padre al 50 % de los gastos extraordinarios educativos y sanitarios que no cubra la Seguridad Social.

"Dada la naturaleza de este proceso, no ha lugar a la imposición de costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, que lo tramitó con el número de rollo 1311/22, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2022, cuya parte dispositiva dispone:

"Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación deducido contra la Sentencia 41/2021, de 10 de junio, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Almería en autos Guarda, Custodia y Alimentos nº 273/2018 del que deriva la presente alzada,

"1.- REVOCAMOS dicha resolución.

"2.- El punto 2 del fallo de la Sentencia, donde dice: "2.- Se suspende el Régimen de Visitas del progenitor no custodio con su hija menor de edad".

"Debe decir: "Se fija como régimen visitas los de un día cada dos semanas, en el punto de encuentro que se fije por el Juzgado de instancia, desde las 9 de la mañana a las 14 horas del sábado de estas semanas, o en el día que fijen, dentro de ese horario, las partes".

"3.- Sin imposición de costas en esta alzada".

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

1.- La procuradora D.ª M.ª Dolores Jiménez Tapia, en representación de D.ª Herminia , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:



"Único.- Vulneración del principio de favor filii y del art. 92 del Código Civil en relación con el derecho de visitas establecido en el artículo 94 del Código Civil".

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 11 de octubre de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de recurso de casación interpuesto por doña Herminia contra la sentencia dictada con fecha de 21 de diciembre de 2022 y auto de 2 de febrero de 2023, que denegó la aclaración- por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1.ª) en el rollo de apelación n.º 1311/2022 dimanante del procedimiento de guarda y custodia n.º 273/2018 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Almería.

"2.º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Y evacuado, dese traslado al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos.

"Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó el correspondiente dictamen.

4.- Por providencia de 4 de diciembre de 2023 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 30 de enero del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente recurso hemos de partir de los siguientes antecedentes relevantes:

1º.- El objeto del proceso consiste en la demanda de fijación de medidas definitivas con respecto a la hija menor de los litigantes, que nació el NUM000 de 2014. Se discute en el proceso la custodia de la menor, el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas y los alimentos de la hija común.

2º.- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Violencia de la Mujer n.º 1 de Almería. Se tramitó por los cauces del juicio 273/2018, con intervención de ambas partes, y finalizó por sentencia dictada por el referido órgano jurisdiccional en la que atribuyó a la madre la guarda y custodia de la hija de los litigantes, así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad, una pensión de alimentos a cargo del padre de 100 euros mensuales, así como la suspensión del régimen de visitas del demandado con su hija menor.

3º.- Con respecto a la medida de suspensión del régimen de visitas, la sentencia razona en aplicación del principio del interés superior del menor que:

"En primer lugar, es preciso tener en cuenta que el padre padece una enfermedad mental de la que dice estar en tratamiento. Se le requirió en fecha de 23 de marzo de 2.021 para que aportara informe psiquiátrico, aportándolo junto con escrito de fecha 25 de marzo de 2021. Del citado informe se deduce que el progenitor presenta, entre otras patologías, DIRECCION000 y DIRECCION001, siendo pautado un tratamiento farmacológico, así como vida tranquila y no conducir vehículos de motor.

"También es preciso tener en cuenta que el progenitor ha sido condenado por Sentencia de este Juzgado de fecha 16 de enero de 2.017 por dos delitos de lesiones cometidos sobre la madre de la menor. El relato de hechos probados de la citada resolución pone de manifiesto que las dos agresiones sufridas por la madre en fechas de 12 de Diciembre de 2016 y 7 de enero de 2.017 fueron de entidad pues resultó lesionada en múltiples partes de su cuerpo con heridas de diversa consideración lo que deja constancia de la agresividad de la conducta del progenitor.

"Consta en el procedimiento además reportaje fotográfico y grabaciones donde puede verse al progenitor con su hija cuando ésta era un bebe besándola en los labios largamente, resultando este comportamiento poco adecuado, desconcertante y gravemente dañino para la menor, si se tiene en cuenta la patología clínica padecida por el progenitor.

"Las referidas imágenes también han sido visualizadas por el Equipo Técnico, refiriendo el Informe Psicosocial respecto a las mismas que se las entrega la madre y que ésta les manifiesta respecto de la actitud del padre para con la menor lo siguiente:



" *él le daba cocos en la frente y con el nudillo a mi hija. Además, le daba besos que no eran normales, le faltaba meterle la lengua*". La progenitora aporta un video y fotos en los que se ve a la menor llorando y el progenitor diciéndole que le diera un beso, donde abre la boca y le chupa el labio de arriba de manera continuada y poco apropiada, no siendo esta una conducta normal entre padre e hija.

"Relata también que en una ocasión "le reventó la boca en la cuna. Como él quiere no es querer, es enfermedad".

"Además el padre oculta en todo momento al Equipo Técnico padecer patología psíquica alguna. Concretamente respecto de su salud, refiere el Informe respecto del progenitor: *"el progenitor expresa gozar de un óptimo estado de salud, no padeciendo ni habiendo padecido enfermedades relevantes ni intervenciones quirúrgicas. Asimismo, no tiene prescrito ningún tipo de tratamiento médico*."

"Afirma no contar con antecedentes de adicciones al alcohol o las drogas y manifiesta llevar un estilo de vida saludable en la medida de lo posible, practicando deporte unos 2 días a la semana, más concretamente sale a correr y practica boxeo, y llevando una alimentación saludable en la medida de lo posible. No fumador."

"A pesar de ocultar la existencia de trastorno psíquico, el Equipo detecta de forma clara la agresividad e incoherencia de su conducta durante su entrevista y las pruebas que se realizan. Por ello refleja de forma clara en cuanto al progenitor que:

" *no hace una adecuada exposición de los hechos, mostrándose incoherente en muchos aspectos y contradictorio. Asimismo, el progenitor cuenta con un bajo control de impulsos, alterándose a lo largo de la entrevista y elevando la voz en diferentes aspectos o cuando se le ha dicho algo que no le ha gustado*."

" *Por otro lado, el progenitor no sufraga ningún tipo de cuantía en concepto de manutención de la menor, eludiendo así sus responsabilidades parentales, lo que se considera una falta de atención por su parte*."

"El relato del Progenitor es altamente incoherente y lleno de improperios hacia su expareja. Desarrolla pequeños ataques de ira contenidos por el contexto.

" *El relato siempre se desarrolla con contenido agresivo y altamente exagerado*."

" *En el cuestionario CAD-S presenta un ajuste negativo (0,02), correspondiente a una puntuación Centil 20 (C=20; de cada 100 casos supera al 20%), existiendo puntuaciones significativas negativas en las escalas Disposición a la coparentalidad. Presenta dificultades psicológicas en la adaptación al divorcio-separación, y se le describe enfado hacia la ex pareja, posee ideas de violentas referentes a la separación, y posee dificultades para poder desarrollar una educación coherente*."

" *Se sospechan dificultades psicológicas y emocionales relacionadas con la separación*."

" *En el Cuestionario CUIDA: Desarrolla dificultades para realizar la prueba y finalmente se invalida*."

"Por todo ello el Informe del Equipo Técnico concluye lo siguiente: *"En la actualidad resulta imposible una responsabilidad de régimen normalizado, ya que supone un riesgo tanto para la menor como para la propia progenitora, ya que evidencia unos desequilibrios emocionales y estallidos de cólera inhabituales e incompatibles con la crianza*

"Aunque en el momento del estudio Psicosocial, detectamos factores que NO FAVORECEN UN REGIMEN DE VISITAS NORMALIZADO POR PARTE DEL PROGENITOR SIENDO LO MÁS IDONEO UN PUNTO DE ENCUENTRO.

"La progenitora ha sido la principal cuidadora de la menor desde su nacimiento, no nos queda suficientemente acreditado, que el padre se haya ocupado en igualdad de condiciones en todas las esferas de la menor. No observamos un plan de parentalidad sólido ni siquiera para una estancia temporal de cara a acceder a un plan de visitas normalizado. Se constata que el progenitor, desconoce determinados detalles de la vida de su hija".

En definitiva, en consideración a tales elementos de juicio concluye la sentencia del juzgado que:

"[t]eniendo en cuenta los antecedentes penales y la conducta agresiva del progenitor, condenado por dos delitos de lesiones en el ámbito de la violencia de género frente a la madre de la menor, y su estado psíquico, que se ha ocultado de forma deliberada al Equipo Técnico, no existiendo garantía alguna de que se estén siguiendo las medidas terapéuticas por parte del progenitor que no ha aportado prueba alguna de ello, pues solo se aporta un informe médico en el que no se puede valorar si se ha seguido una pauta o trayectoria de tratamiento, no se refieren visitas previas siquiera. La propia negación de su patología al Equipo evidencia que en esa época no se seguía tratamiento alguno. El progenitor culpa a su anterior pareja de su patología que dice haber secuestrado a sus hijos mayores a los que no ve desde hace cinco años, sin aportar prueba alguna de tales hechos, resultando poco creíble respecto de tales afirmaciones.



"El vídeo aportado por la madre donde puede verse al padre besando en la boca a su hija cuando era un bebe evidencia un comportamiento altamente nocivo y extraño con la menor que aconseja que mientras no existan las garantías suficientes de que el mismo ha seguido con éxito el tratamiento psiquiátrico prescrito no tenga relación alguna con la menor puesto que no convencen los argumentos del Equipo de que se inicie la relación tutelada para ver cómo afecta ésta al desarrollo de la menor en una suerte de ensayo-prueba-error que no resulta admisible bajo mi punto de vista si existe riesgo, como se reconoce en el informe, para el estado psicológico de la menor, siendo más lógico que cuando se acredite por el progenitor que se ha seguido tratamiento con éxito de forma que se garantice que su relación con su hija va a resultar beneficiosa para ella y carente de riesgo alguno se pueda plantear una relación tutelada. No dándose en el momento actual tal condición debe acordarse la suspensión del régimen de visitas".

4º.- Contra dicha sentencia se interpuso por el demandado recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Almería, que dictó sentencia revocatoria de la pronunciada por el juzgado en el punto relativo al régimen de comunicación entre padre e hija, al considerar procedente un régimen de visitas, cada dos semanas, en el punto de encuentro que fije el juzgado, el sábado de 9 a 14 horas, o en el día que determinen, dentro de tal horario, las partes.

En su fundamento de derecho séptimo, el tribunal provincial justifica su decisión bajo la siguiente argumentación:

"[n]o compartiendo la Sala los criterios restrictivos de la juzgadora a quo. Ciertamente que la conducta del progenitor, con unos besos inadecuados a la menor al besarla desproporcionadamente en la boca cuando era un bebé, es una conducta inadecuada, pero ni el Equipo Técnico elimina el régimen de visitas en este caso, ni constan signos evidentes de agresión a la menor. La situación de violencia no se produjo contra la menor, y, respecto de la situación psiquiátrica del progenitor, afectado de DIRECCION000 y DIRECCION001, por sí misma no supone una situación agresiva para la menor como demuestra la pericial psiquiátrica, y, en cualquier caso, quedará diluida desde el momento en que las visitas se lleven a cabo en el seno del punto de encuentro".

5º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandante recurso de casación, el cual es apoyado por el Ministerio Fiscal.

En su informe, el representante del Ministerio Público, tras hacer un detenido recorrido por las pruebas practicadas y analizar la jurisprudencia relativa al interés y beneficio de los menores, instó la estimación del recurso y correlativa ratificación de la sentencia del juzgado.

En síntesis, considera el Fiscal que la referencia al pasado y, por lo tanto, a los hechos delictivos es relevante máxime cuando no se acredita la rehabilitación del demandado y son constitutivos de episodios de violencia de género. Además, adiciona al argumento, de que los datos identificativos (que no se aportan por preservar la intimidad de terceras personas) deducidos de la consulta a VIOGÉN (a disposición del Tribunal Supremo), nos dicen que, en el año 2020, el progenitor fue denunciado y condenado por hechos similares afectantes a otra mujer con medidas cautelares y sentencia firme.

En cuanto al informe psicotécnico se echa de menos un más plural y detallado estudio, que hubiera permitido llevarnos sin fisuras a las conclusiones de la Audiencia sobre la conveniencia de establecer un sistema de comunicaciones en el PEF. Destaca que, al respecto, el tribunal provincial solo contiene la siguiente valoración del informe técnico: "[l]a existencia de informes periciales que informen de la bondad de la fijación establecida es suficiente para acordarla, sin perjuicio de lo que se observe en el desarrollo de las visitas".

Tampoco comparte el Ministerio Fiscal, como juicio de ponderación sobre el interés de la menor, la afirmación de que la situación de riesgo "[q]uedará diluida desde el momento en que las visitas se lleven a cabo en el seno del punto de encuentro", pues no deja de ser un futuro sin soporte documental o argumentativo. No por el hecho de ser visitas en el centro están exentas de la posibilidad de una reacción inapropiada según el desenvolvimiento de aquéllas o las circunstancias de cada momento, dada la personalidad y la patología que padece el padre.

Se cita el informe psicosocial cuando refiere: "cuenta con un bajo control de impulsos", se altera durante la entrevista, eleva la voz cuando se le dice algo que no le gusta. Su relato está lleno de "improperios hacia su pareja". Se desarrolló siempre con "contenido agresivo y altamente exagerado", etc. El informe es una sucesión continua de referencias al comportamiento agresivo del padre.

Finalmente, otros datos del informe son relevantes y no se han mencionado en la sentencia, como el reportaje fotográfico (que nos parece relevante en cuanto al comportamiento libidinoso del progenitor con el bebé), las grabaciones, no ocuparse de la alimentación de la hija, no saber en qué día nació, a qué colegio va; no haberla visto durante casi cuatro años, etc.

Y concluye el Ministerio Fiscal:

"El favor filii y el interés de la hija menor, en definitiva, no nos permiten aceptar esa parte de las conclusiones del Informe, porque las visitas, hoy por hoy, no benefician al desarrollo de la menor, ni eluden los riesgos ni el daño psicopatológico, ni se sostienen en el argumento de mantener los lazos del padre con la hija (STS nº 984/2023, de 20 de junio) por el criterio de excepcionalidad de su suspensión, en tanto no se den las garantías adecuadas".

SEGUNDO.- El recurso de casación

El recurso de casación se fundamenta en un único motivo, por vulneración del principio favor filii y del art. 92 del Código Civil, en relación con el derecho de visitas establecido en el artículo 94 del referido texto legal.

En el escrito de interposición se razona, ampliamente, sobre los factores que determinan que el interés y beneficio de la menor requiere la suspensión postulada del régimen de visitas con su progenitor, tal y como se acordó por el Juzgado, en virtud de los razonamientos esgrimidos por dicha resolución, cuya confirmación se solicita tras instar la casación de la sentencia de la audiencia.

TERCERO.- *La configuración jurídica del interés superior del menor*

El interés superior del menor se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las relaciones parentales y tuitivas que recaen sobre los menores. Su campo propio de actuación opera de forma primordial en los procesos matrimoniales, pero no sólo en ellos. No es un concepto jurídico estático, sino dinámico, que no permanece petrificado, sino que evoluciona continuamente condicionado por los valores imperantes en la sociedad. Constituye un concepto general y abstracto a concretar en cada supuesto sometido a consideración judicial según los específicos factores concurrentes.

La jurisprudencia lo ha concebido como:

(i) Un principio axiológico preferente en la solución de las controversias judicializadas sobre las medidas relativas a los menores

El interés del menor se ha considerado incluso 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, "[t]oda 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).

(ii) Como un concepto jurídico indeterminado

El interés del menor constituye uno de esos conceptos legales que no son susceptibles de ser predeterminados y de encerrarse en una fórmula normativa, que abarque todo el haz de manifestaciones que comprende. Es poliédrico, y como tal de necesaria ponderación en atención a las particularidades de cada caso,

En este sentido, la jurisprudencia le atribuye el calificativo de concepto jurídico indeterminado, constitutivo de una cláusula general que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial (STS 835/2013, de 6 de febrero).

Las SSTS 76/2015, de 17 de febrero; 416/2015, de 20 de julio; 170/2016, de 17 de marzo; 93/2018, de 20 de febrero y 705/2021, de 19 de octubre, en un esfuerzo delimitador de su significación jurídica, señalan que:

"[s]e configura, pues, como un verdadero **concepto jurídico indeterminado**, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales".

Más recientemente, las SSTS 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre, se expresan en el mismo sentido, al señalar que:

"Dado el carácter de principio general, de "cláusula general" y "principio jurídico indeterminado" que puede atribuirse a la protección del interés del menor es preciso llenar su contenido. En cada caso concreto hay que identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias. El art. 2 LOPJM recoge algunos de los criterios generales que pueden servir para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor. Se trata de criterios que habían venido siendo tenidos en cuenta en las decisiones de los tribunales".

Lo califica, también como constitutivo de un concepto de tal clase, la STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.

En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, "[h]a de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio" (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

(iii) Se integra dentro del marco del orden público

En una antigua sentencia de 5 de abril de 1966 se definía el orden público como "[e]l conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, sociales e incluso morales, que constituyen el fundamento de un ordenamiento jurídico en un momento concreto", y que hoy encuentran su manifestación más evidente en el propio texto constitucional.

Dentro del mismo, se encuentra el "orden público familiar", basado en los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges (arts. 14 y 32 CE) y protección integral de los hijos (art. 39 CE), que determinan una esfera jurídica de indisponibilidad.

Pues bien, la jurisprudencia ha considerado que el interés y beneficio del menor conforma un principio de tal naturaleza, dado que, en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, se configura como una regla imperativa que inspira todas las decisiones referentes a un menor de edad.

En este sentido, las SSTC 258/2011, de 25 de abril, 823/2012, de 31 de enero de 2013, y 569/2016, de 28 de septiembre, afirman que "[l]a protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público" y, por su parte, la STC 141/2000, de 29 mayo, lo califica como "[e]statuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional". También, STC 614/2009, de 28 de septiembre.

La STS 251/2018, de 25 de abril, insiste en tal concepción, al señalar que:

"El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental [...] Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses".

(iv) Opera como límite a la autonomía de los progenitores en los negocios jurídicos de familia con respecto a las medidas referentes a los hijos menores de edad (art. 90 CC)

En este sentido, ha proclamado el Tribunal Constitucional en las SSTC 185/2012, FJ 8 y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2 que:

"[e]l régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional".

(v) Constituye un principio de aplicación preferente en casos de imposibilidad de su armonización con otros intereses convergentes como son los de los progenitores u otros familiares o allegados

En este sentido, el art. 2.4 de la LO 1/1996, norma que:

"[e]n caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados".

De esta suerte, el criterio que ha de presidir la decisión que, en cada caso, corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas que concurren, 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; 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6). De igual forma, la STS 438/2021, de 22 de junio. Ahora bien, en el supuesto de imposibilidad de conciliación de intereses contrapuestos, se deberá atender al primordial del menor, lo que significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior.

(vi) Es un principio precisado de un estándar de motivación reforzada

En este sentido, es reiterada jurisprudencia la que viene estableciendo que el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, como es el principio del interés superior del menor, que tiene su proyección constitucional en el art. 39 CE, y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (SSTC 141/2000, de 21 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, 138/2014, de 8 de septiembre ; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; así como 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2 y STS 984/2023, de 20 de junio, entre otras muchas).

(vii) Opera como un instrumento de flexibilización del rigor procesal

Permite atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3), así como inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, que se desarrolla en los procesos de familia, y que determina, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos bajo un criterio de flexibilidad procedimental (SSTC 65/2016, de 11 de abril), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4 y 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3).

En el sentido expuesto, esta última STC 178/2020, de 14 de diciembre, se manifiesta categórica, hablando incluso de un canon reforzado de tutela judicial efectiva, que determina que la aplicación de las normas procesales deba someterse a un criterio de flexibilidad, con atribución de holgadas facultades al juez, con amplios márgenes para las alegaciones de las partes, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, con la finalidad de conseguir que el interés del menor pueda ser garantizado.

De esta manera, como no podía ser de otra forma, se ha expresado la sentencia de esta Sala 1ª 281/2023, de 21 de febrero, y las citadas en ella, en la que se puede leer:

"[e]stos procedimientos especiales, tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (arts. 10.1 y 39 CE), se sustancian con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción".

(viii) Susceptible de apreciación mediante el auxilio de ciencias extrajurídicas

La determinación del interés superior del menor no es una simple labor de interpretación jurídica, sino de apreciación circunstancial, en donde el auxilio de otras disciplinas tiene campo abonado de ponderación, y, entre ellas, la psicología ocupa un papel destacado. De esta forma, la sentencia 545/2022, de 7 de julio, refiere a dicha a ella, "como ciencia de la conducta que permite hacer predicciones razonables del comportamiento futuro de las personas".

En cualquier caso, los informes psicosociales elaborados deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales, conforme a las reglas de la sana crítica (SSTS 660/2011, de 5 octubre 795/2011, de 18 de noviembre; 465/2015, de 9 de septiembre; 135/2017, de 28 de febrero; 318/2020, de 17 de junio), así como someterlos a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito, pues en otro caso sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional (STS 705/2021, de 19 de octubre).

En necesario, pues, deslindar adecuadamente el rol procesal que corresponde al perito en el proceso, sin que quepa, como es evidente, consagrar una suerte de usurpación de la función jurisdiccional por aquél y, de esta manera, nos pronunciamos en la sentencia 1377/2007, de 5 de enero, cuya doctrina se reproduce en las sentencias 706/2021, de 19 de octubre y 544/2022, de 7 de julio, en las que sostuvimos que no puede atribuirse un valor inconcuso a los dictámenes periciales, puesto que: a) "[l]a función del perito es la de auxiliar al Juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial" (SSTS, entre otras muchas, de 30 de marzo de 1984 y 6 de febrero de 1987); b) que tal función del juzgador "[e]stá sujeta a los límites inherentes al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las personas y a la obligación de motivar las sentencias".

CUARTO.- Significado del interés superior del menor

En definitiva, como señala la STS 625/2022, de 26 de septiembre:



"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)".

QUINTO.- *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 "[s]on 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:

"[s]e 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 "[s]i 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 paternofamiliar, cuestión que abordaremos a continuación.

La STS 625/2022, de 26 de septiembre, en un caso similar al presente, acordó la suspensión del régimen de visitas, ponderando el interés superior de la menor en atención a las circunstancias concurrentes: a) existencia de episodios de violencia de género; b) características patológicas de la personalidad del demandado y las correlativas dificultades de control de los impulsos y su reticencia a los tratamientos; c) desinterés parental con respecto a la menor; d) falta de madurez de la niña para asumir los contactos programados con su progenitor y enfrentarse a las carencias de éste en el desempeño del rol de padre y características de su personalidad y e) prevalencia del interés de la niña. Y, en este sentido, concluyó:



"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".

SEXTO.- Ponderación de las circunstancias concurrentes y estimación del recurso

Pues bien, en el caso presente, concurren las circunstancias siguientes:

- 1) Manifiesto desinterés del padre por mantener relaciones con su hija desde hacía cuatro años, y sólo instadas al ser judicialmente demandado. Consta además un comportamiento inadecuado con respecto a la menor, antes descrito, cuando era un bebé. Su implicación en su cuidado y atención es nula.
- 2) Las connotaciones de la personalidad del padre que "cuenta con un bajo control de impulsos", se altera durante la entrevista, eleva la voz cuando se le dice algo que no le gusta. Su exploración se desarrolló siempre con "contenido agresivo y altamente exagerado". El informe pericial es una sucesión continua de referencias al comportamiento agresivo del padre. No consta tome la medicación pautada para su falta de control de los impulsos. Incluso, llega a ocultar su patología psiquiátrica.
- 3) La existencia de episodios previos de violencia de género con la causación de lesiones de entidad contra la demandante. Esta situación no ha sido superada, sino que el conflicto está retenido. Su relato, según el informe psicosocial, está lleno de "improperios hacia su pareja". El riesgo de la proyección y comunicación de dichos juicios peyorativos hacia la niña es real y manifiestamente contrario a sus intereses, dada su personalidad en formación y el hecho de que la madre constituye el núcleo afectivo de la menor, al tiempo que le proporciona los resortes de seguridad necesarios para su estabilidad y adecuado desarrollo emocional.

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) "[q]ue 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".

Incluso, el Ministerio Fiscal informa de otra conducta de violencia de género contra una nueva pareja, por la que fue condenado.

- 4) El informe pericial descarta que el padre cuente con las habilidades mínimas para la atención de la menor, de manera que constituye un riesgo el establecimiento de un régimen de custodia convencional carente del oportuno control, por lo que dictamina que el mismo se disfrute en el punto de encuentro, pero sin analizar cuáles son las ventajas para que la niña se comunique, en las connotaciones expuestas, con su padre. Tampoco se explicitan aquéllas en la sentencia de la audiencia, que se limita a argumentar que dicho informe recomienda tal régimen de comunicación.

- 5) La niña, al dictarse la sentencia por la audiencia, contaba tan solo con 8 años, lo que coloca a la menor en una situación de manifiesta vulnerabilidad, cuando, además, por su corta edad, carece de los resortes precisos para controlar una situación como la concurrente, con evidentes riesgos de repercusiones dañinas en el ulterior desarrollo de su personalidad. No nos hallamos ante un simple distanciamiento temporal y correlativo establecimiento progresivo de relaciones paternofiliales. Habla el juzgado que el régimen sugerido en el informe psicosocial conforma una suerte de ensayo-prueba-error que no resulta admisible.

No vemos, por consiguiente, que, en este concreto proceso, por el conjunto de circunstancias antes expuestas, no extrapolables a otros casos, que el interés preferente de la menor conlleve el mantenimiento del régimen de comunicación predeterminado con su padre.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, casar la sentencia del tribunal provincial, y, asumiendo la segunda instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto, sin perjuicio de que el padre pueda solicitar un régimen de comunicación con su hija para el caso del cambio de las circunstancias, precedentemente analizadas; pues las actualmente concurrentes conducen a la suspensión del fijado por la audiencia en función del interés primordial de la menor, tal y como solicita la madre y apoya el Ministerio Fiscal, en su función de velar por el beneficio de los menores en los procesos judiciales.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos



La estimación del recurso de 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), dadas las circunstancias concurrentes, antes analizadas, tampoco procede la imposición de las costas de la alzada dadas las circunstancias concurrentes antes expuestas en las que está en juego el interés de la menor.

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 Herminia , contra la sentencia 1394/2022, de 21 de diciembre, dictada por la sección primera Audiencia Provincial de Almería, en el recurso de apelación n.º 1311/2022, sin hacer especial condena en costas y con devolución, en su caso, del depósito constituido para recurrir.

2.º- Casar y anular dicha sentencia, y desestimar el recurso de apelación formulado por el demandado D. Evelio contra la sentencia 41/2021, de 10 de junio, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Almería, en el juicio medidas paterno-filiales n.º 273/2018, que se confirma, sin imposición de las costas de la alzada y pérdida, en su caso, del 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.