



Roj: **STS 3546/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3546**

Id Cendoj: **28079110012024100895**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2024**

Nº de Recurso: **6604/2023**

Nº de Resolución: **915/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 915/2024**

Fecha de sentencia: 26/06/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6604/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/06/2024

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE SANTANDER, SECCIÓN 2.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 6604/2023

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

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 915/2024**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 26 de junio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.ª Brigida , representada por la procuradora D.ª Virginia Gutiérrez Sanz, bajo la dirección letrada de D.ª Patricia Revuelta Falagán, contra la sentencia n.º 276/2023, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander, en el recurso de apelación n.º



846/2022, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 7/2022, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Santander. Ha sido parte recurrida D. Alonso , 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.- El procurador D. Alfonso García Guillén, en nombre y representación de D.ª Brigida , interpuso demanda de divorcio contencioso contra D. Augusto , en la que solicitaba:

"[...] RATIFICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS acordadas por Auto de fecha 30 de Diciembre de 2021 dictado por el Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 1 de Santander que constan en los autos de Juicio Rápido 1089/2021 del Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 1 de Santander, respecto a los hijos menores. Con los efectos inherentes a su admisión y en su día, previos los trámites legales, incluido la unión a autos de las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 1 de Santander bajo el núm. Juicio Rápido n.º 1089/2021, y con la intervención del Ministerio Fiscal, por el tribunal dictando como definitivas las medidas solicitadas en esta demanda y que son las siguientes:

"1. Que la patria potestad sea compartida y se solicita que la custodia sea materna continuando con lo que se está llevando a cabo de hecho debido a las medidas impuestas y cuya prorrogas se ha solicitado. Sin derecho de visitas y sin derecho a comunicaciones. Subsidiariamente, en el caso de que por su Señoría se valore que las circunstancias no se adecuan a estas suspensiones de derechos, se establezca los derechos de visitas a través de un punto de encuentro. Y las comunicaciones se hagan en días y horas concretas de forma regular.

"2. El uso y disfrute de la vivienda familiar de DIRECCION000 en la DIRECCION001 , es propiedad de ambos cónyuges y la cual esta hipotecada. Se solicita que se atribuya el uso y disfrute de la misma a la Sra. Brigida , la cual la tenía ya atribuida en las medidas contempladas en el auto. Respecto a su mantenimiento, se solicita que las cuotas hipotecarias, el seguro de la vivienda, cuotas ordinarias y extraordinarias de la comunidad, así como el IBI sea sufragado 50% la Sra. Brigida y el otro 50% por el Sr. Alonso .

"3. Pensión de alimentos: El padre deberá abonar a la madre una pensión de alimentos a favor de los hijos en la cuenta abierta para tal efecto NUM000 , por mensualidades anticipadas y dentro de los primeros cinco días de cada mes de la cantidad de CUATROCIENTOS EUROS (400.-) en total para los dos hijos, correspondiéndoles 200 euros a cada uno, cantidad que se actualizará el primer mes de cada año de conformidad al IPC que publique el INE o por el índice o institución que los sustituya.

"4. Gastos extraordinarios, serán obligación de ambos progenitores quienes los asumirán de forma conjunta, por mitad e iguales partes. Las clases de apoyo, formativas, deportivas, extraescolares campamentos y cursos de verano, que requerirán el consentimiento de ambas partes salvo que sean recomendadas por profesional o personal docente del colegio al que asista los menores. Los gastos médico-sanitarios y farmacéuticos que no estén cubiertos por la seguridad social requerirán el consentimiento de ambas partes salvo que sean recomendadas por profesional sanitario, dentista, oftalmólogo, psicólogo, psiquiatra, logopeda, ortopedia al que asista los menores en cuyo caso serán sufragadas por ambos progenitores teniendo en cuenta. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con el menor, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si, en el plazo de diez días naturales siguientes, aquel no lo deniega expresamente. En el supuesto que lo deniegue expresamente, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

"5. Régimen económico matrimonial: es el de gananciales por lo que se solicita que quede disuelta la misma.

"6. Pensión compensatoria: el divorcio produce desequilibrio económico para la Sra. Brigida por lo que se solicita que se establezca una pensión compensatoria de TRESCIENTOS EUROS (300.-) a favor de la misma, en la cuenta NUM000 , por mensualidades anticipadas y dentro de los primeros cinco días de cada mes de cada año de conformidad al IPC que publique el INE o por el índice o institución que los sustituya.

"7. Una vez firme esta sentencia se remita testimonio de la misma al Registro Civil de DIRECCION002 .

"Y todo ello, con la expresa imposición de costas a la contraparte si se opusiera a esta demanda".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Santander y se registró con el n.º 7/2022. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



3.- El procurador D. Bruno Cano Vázquez, en representación de D. Alonso , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte en su día Sentencia acordando la disolución del vínculo Matrimonial, y se acuerden las siguientes medidas definitivas:

- "1. Que la patria potestad sea compartida y guarda y custodia materna.
- "2. Régimen de comunicaciones entre el progenitor y los menores a través del teléfono móvil del hijo mayor.
- "3. Régimen de vivistas en punto de encuentro familiar dos tardes a la semana en atención al interés superior de los menores.
- "4. Pensión de alimentos de 150€; en favor de cada uno de los hijos y gastos extraordinario al 50% entendiéndose por tales los educativos y sanitarios no cubiertos por el sistema público.
- "5. No procede pensión compensatoria en favor de la esposa.
- "6. Disolución del régimen económico".

Y solicitó medidas provisionales.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Santander, dictó sentencia de fecha 21 de septiembre de 2022, con la siguiente parte dispositiva:

"QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por el Procurador D. Alfonso García Guillén en representación de D<sup>a</sup> Brigida contra D. Alonso declaro:

- "1.- La disolución, por divorcio, del matrimonio formado por D<sup>a</sup> Brigida y D. Alonso .
  - "2.- La patria potestad compartida de ambos progenitores sobre los hijos menores ( Virgilio e Jose María ).
  - "3.- La atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos menores sin establecimiento de régimen de comunicación y estancia entre padre e hijos.
  - "4.- La atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal ( DIRECCION001 , de DIRECCION000 ) a los hijos y la madre, sufragándose por mitad entre ambos progenitores los gastos extraordinarios (tales como ortodoncia, óptica o sanitarios no cubiertos por Seguridad Social y cualquier otro de naturaleza análoga que puedan precisar los hijos).
  - "5.- La fijación de una pensión de alimentos por parte del esposo en favor de sus hijos Virgilio e Jose María en la suma total de 400 euros mensuales, que habrá de ingresar durante los primeros cinco días de cada mes en la cuenta bancaria que se determine y se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.
  - "6.- El establecimiento de una pensión compensatoria a cargo de D. Alonso y en favor de D<sup>a</sup> Brigida por un importe mensual de 150 euros y un plazo de tres años, cantidad que el Sr. Alonso habrá de ingresar durante los primeros cinco días de cada mes en la cuenta bancaria que se determine y se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.
  - "7.- La disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales una vez sea firme esta sentencia.
- "Cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad".

#### **SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia**

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santander, que lo tramitó con el número de rollo 846/2022, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 26 de mayo de 2023, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Alonso contra la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Santander de 21 de septiembre de 2022.

"2º.- No obstante la desestimación del recurso, por la facultad que se concede a los tribunales de adoptar de oficio medidas que afecten a los menores se acuerda establecer un régimen de comunicación, estancia y visitas supervisadas del padre con sus hijos, durante los dos primeros meses, de una hora con cada uno de ellos por separado, el sábado o el domingo de todas las semanas, que se realizarán a través del PEF sito en el nº DIRECCION003 de Santander, siendo decisión del centro el día y hora concretos, según disponibilidad.



"Si la evolución es favorable y así se informa por los técnicos del PEF, las visitas continuarán durante un mes más, con la misma frecuencia y horario, con ambos menores a la vez.

"Transcurrido dicho periodo, el juez de la ejecución podrá diseñar la continuación de la comunicación de forma progresiva en la forma y manera que concretamente determine con apoyo, en su caso, de profesionales expertos.

"3.- No imponer las costas de esta alzada".

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

1.- El procurador D. Alfonso García Guillén, en representación de D.<sup>a</sup> Brigida , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Como primer motivo, basado en el art. 477.1 y 477.2.3<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000€; o éste se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

"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.

"Además, existe interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en concreto. [...]".

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 3 de abril de 2024, cuya parte dispositiva es como sigue:

"La Sala acuerda:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Brigida contra la sentencia dictada con fecha de 26 de mayo de 2023 por la Audiencia Provincial de Santander (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 846/2022, dimanante del juicio de divorcio n.º 7/2022 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Santander.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que el Ministerio Fiscal formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal, que evacuó el traslado mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 10 de mayo de 2024 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 19 de junio del presente, fecha en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO**.- *Antecedentes relevantes*

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

1.º- El Juzgado de lo Penal n.º 5 de Santander dictó sentencia de conformidad 7/2022, de 13 de enero, en el juicio rápido 4/2022, con estos hechos probados:

" Alonso , mayor de edad, sin antecedentes penales, casado desde hace quince años con Brigida , que en el curso de tal convivencia en la DIRECCION001 de DIRECCION000 , la humillaba continuamente diciéndole "mala madre, hija de la gran puta, fea, y gorda, orco, come pollas, ojalá te entre un cáncer, a ti no te quiere nadie....



mongólica, retrasada", agrediéndola frecuentemente mediante patadas, puñetazos y bofetadas y tirándole del pelo, muchas veces en presencia de sus dos hijos menores, generando temor en Brigida ante la advertencia de represalias.

"En septiembre de 2021 en el domicilio familiar tras una discusión la cogió por el cuello empujándola contra la pared.

"A primeros de diciembre, el acusado abandona el domicilio familiar tras haberle comunicado Brigida su intención de divorciarse.

"El día 28 de diciembre de 2021, el acusado llama por teléfono a Brigida diciéndole "te voy a quitar a los niños, voy a desaparecer con los putos críos, otras por menos están muertas, no me jodas con los niños".

A consecuencia de tales hechos, fue condenado como responsable, en concepto de autor, de las siguientes infracciones penales:

(i) Delito de violencia de genero (violencia habitual) del artículo 173 y 4 del Código Penal a la pena de 15 meses de prisión y 17 meses de prohibición de aproximación y comunicación con respecto a D.<sup>a</sup> Brigida .

(ii) Delito de violencia de genero (maltrato físico) del artículo 153.1 y 3 del Código Penal, a la pena de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad y 12 meses de prohibición de aproximación y comunicación con D.<sup>a</sup> Brigida .

(iii) Delito de violencia de género (amenazas) del artículo 171.4 del Código Penal, a la pena de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad y 12 meses de prohibición de aproximación y comunicación a D.<sup>a</sup> Brigida .

2.º- D.<sup>a</sup> Brigida presentó demanda de divorcio contencioso contra D. Alonso , solicitando la disolución del matrimonio por divorcio, y las siguientes medidas definitivas: (i) que se le atribuya la guarda y custodia de sus hijos menores Virgilio e Jose María ; (ii) que se continúe con la supresión de las visitas según lo acordado en auto dictado el 30 de diciembre de 2021, en el procedimiento de juicio rápido 1089/ 21; (iii) que se establezca una pensión de alimentos con cargo al demandado de 200 € mensuales para cada hijo y (iv) que se fije una pensión compensatoria a su favor de 300 € mensuales.

3.º- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Santander dictó auto, en fecha 3 de mayo de 2022, en el que, aprobando el acuerdo alcanzado por ambas partes en el acto de la vista, adoptó las medidas siguientes con carácter provisional: (i) atribuir a la madre la guarda y custodia de los hijos; (ii) establecer un régimen de comunicación telefónica a través de teléfono móvil del hijo mayor, los martes y jueves de 18 a 20 horas y los domingos de 12 a 13 horas, y (iii) fijar con cargo al padre una pensión de alimentos de 200 € para cada uno de los menores.

4.º- Con fecha 11 de agosto de 2022, el Instituto de Medicina Legal de Santander emitió informe, tras la exploración de los miembros de la unidad familiar y examen de la documentación obrante en autos, así como entrevista telefónica con la psicóloga y trabajadora social de la localidad de DIRECCION002 , en el que concluía:

"PRIMERO que, con respecto al régimen actual de comunicaciones telefónicas se objetivan datos periciales que sustentan la inviabilidad de mantenerse por lo que no da lugar al establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor.

"SEGUNDO que primando el interés superior de Virgilio e Jose María , lo más idóneo es proceder a la suspensión del actual régimen de comunicación a favor del progenitor no custodio al observarse que, el sistema regulador para establecer las relaciones paterno filiales establecido en auto 1/2022, no ha proporcionado ningún beneficio a los menores. En contraposición, encontramos que esta situación está provocando desajustes en Virgilio e Jose María y que de mantenerse en el tiempo comprometería seriamente el desarrollo de los menores y su funcionamiento en la vida adulta.

"[...] RECOMENDACIONES

"Se entiende que el progenitor D Alonso ha de operar cambios que permitan crear un escenario óptimo para el restablecimiento de las relaciones filio parentales. Estos cambios pasan obligatoriamente por su involucración, siendo urgente y necesario que tome conciencia de las consecuencias en sus hijos de determinadas conductas y comportamientos disfuncionales por su parte y que introduzca cambios".

5.º- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Santander dictó sentencia, de fecha 21 de septiembre de 2022, con la siguiente parte dispositiva en la que se acordó: 1.- A la vista del contenido del Informe de Valoración socio Familiar, resulta procedente no establecer régimen de visitas, suspendiendo el de comunicación consensuado por las partes y acordado en



el auto de medidas provisionales de 5 de mayo de 2022. 2.- Considerando que, desde dicho auto, no se ha producido un cambio en las circunstancias económicas de los cónyuges que aconsejen variar las medidas provisionales, se fija, con carácter definitivo, una pensión de alimentos en cuantía de 200 € para cada uno de los menores y una pensión compensatoria de 150 € al mes en beneficio de la demandante.

6.º- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander, que dictó sentencia 276/2023, de 26 de mayo, en la que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado, salvo en el extremo que se dirá.

En dicha resolución tras dejar constancia de que:

"En consecuencia con el resultado de las entrevistas y exploraciones, la perito concluye que, en la actualidad, el contacto paterno filial produce desajustes en los menores especialmente en el mayor de los hermanos, generando en él un malestar emocional que, de mantenerse en el tiempo, puede comprometer su desarrollo y que, a su entender, el progenitor presenta graves dificultades personales que interfieren no solo en sus capacidades y habilidades parentales, sino también en lo que respecta a su desarrollo evolutivo y psicosocial, objetivándose una situación de cronicidad sin detectarse indicadores para una evolución favorable. Entiende que, primando el interés superior de los menores lo más idóneo es proceder a la suspensión del actual régimen de comunicaciones a favor del progenitor no custodio".

En otro apartado, señala la sentencia:

"La forma en que se viene desarrollando la comunicación telefónica del padre y el hijo mayor, por el contenido de estas, con críticas, comentarios despectivos y humillantes, desvalorizaciones y desprecio hacia su hijo Virgilio (a título de ejemplo las transcritas en la pág. 13 del informe, entre ellas "petardos que sois, no habéis ganado nada", "pues vaya coñazo ir a jugar", "no te han sancionado ni nada en instituto?, no has tocado el culo a nadie ni nada?...ni vas de botellón ni fumas", "que te sigues dejando crecer el pito?", "has buscado en internet álgebra para tontos" o "dónde está el hijo de satán (refiriéndose al hijo menor) que le avergüenzan y ridiculiza (pág. 15 del informe VSF) que la perito excluye tajantemente que sea proferidas como broma, lo cual se comparte habida cuenta la edad del interlocutor a que van dirigidas, su habitualidad y en un contexto en que la única relación del padre con sus hijos lo constituyen tales llamadas, es fuente de emociones y sentimientos negativos [...] El informe refleja que, según el resultado de la aplicación del instrumento balora, en el régimen de comunicación actual "hay datos de interés pericial suficientes compatibles con maltrato psíquico a través de actos verbales y no verbales, que degradan a su hijo Virgilio (...) y de la transmisión de valores morales antisociales".

No obstante, la sentencia razona:

"Sucede que el resultado de la suspensión de las comunicaciones telefónicas fijadas es la eliminación de cualquier tipo de contacto con el padre. Los menores cuentan con 14 y 7 años, de forma que, de eliminarse totalmente la posibilidad de contacto con el padre, se producirá una ruptura del vínculo entre ellos, que ha (sic) está resultando dañado, con alta probabilidad de que, en un futuro próximo, no pueda restablecerse, situación ésta que consideramos incompatible con el superior interés del menor".

Por todo ello, en el apartado 2 del fallo, dispone, tras confirmar la sentencia dictada por el juzgado, que:

"2º.- No obstante la desestimación del recurso, por la facultad que se concede a los tribunales de adoptar de oficio medidas que afecten a los menores se acuerda establecer un régimen de comunicación, estancia y visitas supervisadas del padre con sus hijos, durante los dos primeros meses, de una hora con cada uno de ellos por separado, el sábado o el domingo de todas las semanas, que se realizarán a través del PEF sito en el nº DIRECCION003 de Santander, siendo decisión del centro el día y hora concretos, según disponibilidad.

"Si la evolución es favorable y así se informa por los técnicos del PEF, las visitas continuarán durante un mes más, con la misma frecuencia y horario, con ambos menores a la vez".

7.º- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandante recurso de casación. El Ministerio Fiscal solicitó su estimación.

En efecto, tras el examen de los antecedentes fácticos y análisis de la jurisprudencia sobre el interés superior de los menores entendió, dicho ministerio, que mantener el régimen de comunicación entre padre e hijos era contrario al interés superior de los niños, en el concreto contexto del caso y en las circunstancias concurrentes: episodios de violencia de género en presencia de los menores, afectación actual de los mismos como consecuencia de ello, contenido del informe pericial sobre la no conveniencia de la comunicación, la inmersión de los menores en la violencia ejercida por el padre.

**SEGUNDO.-** *Motivo único del recurso de casación*



El recurso se formuló, por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 477.1 y 477.2.3.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alegaron como infringidos 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 realice 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; arts. 65 y 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y artículo 39 de la Constitución Española. Se citó como jurisprudencia infringida la expresada en las sentencias 54/2011, de 11 de febrero; 680/2015, de 26 de noviembre y 625/2022, de 26 de septiembre.

En el desarrollo del recurso se razonó que el interés superior de los menores exigía, en atención a las circunstancias concurrentes, la suspensión del régimen de visitas entre padre e hijos, sin perjuicio de que, si cambian dichas circunstancias, el padre pueda interesar un régimen de comunicación con sus hijos tras las correspondientes valoraciones psicosociales.

**TERCERO.-** *El interés superior de los menores y su compatibilidad con la suspensión del régimen de visitas y comunicación*

En el recurso de casación, apoyado por el Ministerio Fiscal, se considera que el interés superior de los hijos del matrimonio conduce a que se suspenda el régimen de comunicación entre padre e hijos, cuestión que pasaremos a examinar.

Difícilmente, cabe rebatir que la infancia conforma un periodo fundamental en el devenir de las personas -la vida es lo que hacemos y nos pasa-, de ahí la importancia que alcanza contar con un adecuado sistema jurídico de protección con raíces constitucionales en el art. 10.1 de la Carta Magna, en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y, en el art. 39, que proclama la protección integral de los hijos.

El principio del interés superior del menor debe ser satisfecho, en primer término, por sus progenitores, como así resulta de lo dispuesto en el art. 39.3 CE, conforme al cual "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda"; ahora bien, en los supuestos en que dicho interés no sea debidamente satisfecho en el ámbito estrictamente familiar, trasciende a los poderes públicos tanto administrativos como judiciales que deberán velar de que aquel sea respetado; en este sentido, proclama el art. 39.2 de la CE que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia", de manera que están obligados a intervenir en situaciones de desatención o incumplimiento de las más elementales responsabilidades parentales. En definitiva, nuestra Constitución se inspira en un sistema mixto para brindar la protección del menor.

De esta forma, nos expresamos en la sentencia 379/2024, de 14 de marzo, en la que destacamos que:

"En primer término, no ha de ofrecer duda que son los padres, como titulares de la patria potestad, quienes deben actuar adoptando las decisiones más beneficiosas para los intereses de sus hijos menores de edad.

"En este sentido, la intervención de los poderes públicos y singularmente la de los tribunales de justicia, se encuentra justificada en los casos de conflicto o enfrentamiento entre los titulares de dicho derecho-deber que constituye el contenido propio de la patria potestad, o cuando los menores se encuentran en una situación objetiva de peligro. Es, entonces, cuando las autoridades quedan positivamente vinculadas al principio rector del interés superior del menor, concebido como "inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales", en palabras de la STC 127/2013, FJ 6".

Este sistema tuitivo reconocido en las leyes exige que el menor cuente con un entorno favorable que posibilite su desarrollo en los ámbitos emocionales, intelectuales y sociales, sin que se vea inmerso en un escenario perjudicial para su futura integración en el mundo de los adultos, con las secuelas que le puedan generar amargas experiencias sufridas en el desarrollo futuro de su personalidad.

De esta manera, se expresa, como no podía ser de otra manera, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuando norma que "todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado" (art. 2.1); y, a tal efecto, establece su art. 11, como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior; d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico.



El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, en su artículo 31, apartado segundo, expresamente dispone que "las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños".

Advertimos en la sentencia 625/2022, de 26 de septiembre, cuya doctrina ratificamos en las posteriores sentencias 129/2024, de 5 de febrero y 379/2024, de 14 de marzo, que:

"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)".

Ello es así, dado que, como manifestamos en la sentencia 234/2024, de 21 de febrero:

"La infancia es un periodo decisivo del desarrollo de las personas, que debe ser protegido para evitar eventuales perjuicios en la integración posterior en el mundo de los adultos, de manera tal que sucesos vividos no se proyecten negativamente sobre quien los experimente, incluso mediante el padecimiento de trastornos psicológicos por traumas sufridos. Consecuentemente, el beneficio de los menores exige apartarlos de situaciones de riesgo, brindarles frente a ellas, con la finalidad de preservar ese interés superior que cuenta con raíces en el mandato de rango constitucional, dirigido a los poderes públicos, de asegurar la protección integral de los hijos, así como, en general, de los niños y de las niñas según las previsiones de los acuerdos internacionales que garantizan sus derechos ( art. 39.2 y 4 CE)".

Por su parte, el art. 94, párrafo cuarto, del CC, norma que "no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos".

La STC 106/2022, de 13 de septiembre, descartó la inconstitucionalidad de tal precepto precisamente por prever, en tales casos, que "no obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia, en resolución motivada en el interés superior del menor [...] y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial"; pero en dicha sentencia se razona:

"En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género [...]

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

Es indiscutible que los padres son decisivos para el desarrollo de la personalidad de sus hijos, al formar parte de su núcleo afectivo y de dependencia. Así los hemos destacado en la sentencia 625/2022, de 26 de septiembre, en la que dijimos:

"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"".

Ahora bien, existen situaciones en las que el interés superior del menor exige la suspensión del régimen de visitas y comunicación de los progenitores con sus hijos. Estas situaciones las contempla expresamente el art. 94 III del CC cuando 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, además, de las prevenciones específicas que establece su párrafo IV.

En efecto, pueden concurrir elementos que justifiquen la limitación de tal régimen de comunicación o su suspensión, en tanto en cuanto 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" ( SSTS 170/2016, de 17 de marzo y 625/2022, de 26 de septiembre).

Desde esta perspectiva, 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 nos habíamos pronunciado anteriormente en la sentencia 54/2011, de 11 de febrero.

Por otra parte, 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).

#### **CUARTO.- El examen de las circunstancias concurrentes**

Como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, "ha 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).

De la misma manera, nosotros nos hemos manifestado, por ejemplo, en la sentencia 281/2023, de 21 de febrero, en la que puntualizamos que:

"Otra premisa de la que necesariamente hemos de partir es la de que el interés del menor difícilmente puede concebirse, desde un punto de vista estrictamente abstracto o general, mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta. O dicho de otro modo, no puede fijarse a priori para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias.

"Como dice la sentencia de esta sala 444/2015, de 14 de julio, cuya doctrina reproduce expresamente la STS 720/2022, de 2 de noviembre:

"El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso ( STS 13 de febrero 2015). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor"".

De igual forma, la sentencia 984/2023, de 20 de junio.

Pues bien, en el presente caso, concurren las circunstancias siguientes, que adquieren especial relieve para la resolución del recurso de casación interpuesto, cuales son:

(i) La condena penal del demandado como autor de tres delitos de violencia de género, bajo la modalidad de maltrato habitual. Actos delictivos llevados a efecto, incluso en presencia de los menores, que sufrieron de forma directa el impacto psicológico negativo de las agresiones físicas y morales que el padre ejerció con



reiteración sobre la madre de los niños, la cual constituye para éstos el principal punto de referencia afectiva y de dependencia segura. Esta situación llegó al punto de que el hijo mayor asumiese medidas de protección de la familia, frente a la violenta conducta de su padre, manifiestamente impropias para su edad y trato que merece de su progenitor.

Incluso, el padre instrumentaliza a los hijos como componentes de la violencia ejercida sobre la que fue su mujer cuando, según la declaración de hechos probados de la sentencia penal, la amenaza al decirle: "te voy a quitar a los niños, voy a desaparecer con los putos críos, otras por menos están muertas, no me jodas con los niños".

(ii) No fueron los expuestos hechos aislados, sino que responden a un consolidado patrón de conducta, que el informe sociofamiliar valora con características de cronicidad, sin indicadores de evolución favorable. Se describe, en dicho dictamen, un ambiente de tensión, miedo y alerta constantes durante la convivencia con el demandado, con estrategias de evitación, protección y supervivencia por parte de la madre, así como del hijo mayor antes destacadas.

(iii) El padre no ha interiorizado las consecuencias de su conducta y los daños que genera su comportamiento a sus propios hijos. Llevó a efecto un curso de reinserción, que valora como negativo, ya que no le produce beneficio alguno: "sólo se habla de emociones y escucho problemas de los demás, yo ya tengo bastantes"; manifiesta su desaprobación ante el sistema judicial y la legislación actual; considera que no ha sido escuchado por nadie y refiere notables perjuicios para "la ley de las pelotas", "vaya pegatina me han metido". Consume, con habitualidad, alcohol y cannabis. Tampoco, está dispuesto a someterse a tratamiento.

(iv) Son evidentes las faltas de habilidades del demandado para asumir el rol de padre con respecto a sus hijos; precedentemente su figura ya se hallaba ausente en la crianza y rutinas diarias de los menores. Lejos de constituir punto de apego y referencia para sus hijos aparece vinculado a emociones y percepciones negativas.

(v) La existencia de malos tratos psíquicos con respecto a los menores, los refiere la propia sentencia de la audiencia cuando transcribe algunas de las palabras que el demandado pronuncia, y que valora como comentarios despectivos y humillantes, desvalorizaciones y desprecio hacia su hijo mayor que le sirve de interlocutor, y que excluye además sean proferidas como broma en atención a la edad de su hijo y su habitualidad.

(vi) En el informe pericial se aprecian en el hijo mayor indicadores compatibles con los efectos que la violencia de género produce en los niños y niñas: tendencia al aislamiento, conflictos de lealtades, sentimientos de culpa, dificultad en la expresión y manejo de emociones, tendencia a minimizar o restar importancia a las situaciones vividas y parentalización, con asunción de roles tuitivos con respecto a madre y hermano pequeño, que precisan una intervención interdisciplinar para su reparación.

(vii) El informe refleja que "hay datos de interés pericial suficientes compatibles con maltrato psíquico a través de actos verbales y no verbales, que degradan a su hijo [...] y de la transmisión de valores morales antisociales".

Según entrevista colateral con la psicóloga de los Servicios Sociales de DIRECCION002 están valorando iniciar intervención psicológica reparadora con respecto al hijo mayor.

(viii) El informe pericial elaborado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cantabria adquiere especial importancia en casos como el presente, en tanto en cuanto pertenece al ámbito de las ciencias de la conducta, dentro de cuyos campos propios de actuación se encuentran la realización de juicios de predicción científica con respecto a los comportamientos humanos y sus consecuencias sobre los procesos emocionales que desencadenan; pues bien, dicho dictamen concluye que el interés de los menores radica en la suspensión actual del régimen de comunicación con el padre, ya que, de mantenerse en el tiempo, comprometerá seriamente el desarrollo futuro y la integración en la vida adulta de los menores.

#### **QUINTO.- Estimación del recurso**

Siendo así las cosas como así son, no compartimos el criterio de la sentencia recurrida cuando fija, de oficio, un régimen de comunicación de padre e hijos en un punto de encuentro. Esta medida la dejamos sin efecto, en tanto en cuanto no se produzcan cambios debidamente constatados en la aptitud y comportamientos disfuncionales del demandado, que permitan revisarla, en su caso, en un procedimiento ulterior de tal clase ( art. 775 LEC).

En efecto, con los datos obrantes en autos, entendemos que las causas que originaron la crisis familiar siguen latentes, enquistadas y no superadas, lo que perjudica el interés superior de los niños con respecto a los cuales no entendemos beneficioso los contactos con el demandado, al no ofrecerse atisbos de que vayan a discurrir por derroteros distintos a los que resultan de las pruebas practicadas, toda vez que no se aprecien indicadores



de evolución favorable del comportamiento paterno como se destaca en el informe pericial, que responde a un patrón de conducta inasumible perjudicial para sus hijos.

La existencia de vínculos de descendencia no implica necesariamente, en ineludible vinculación, que las visitas sean fijadas cuando se reputen contraproducentes para el desarrollo de la personalidad de los niños. En condiciones normales, los contactos entre padres e hijos son beneficiosos, pero no siempre tienen que serlo.

Por todo ello, en virtud del conjunto argumental antes reseñado, consideramos que actualmente la comunicación entre padre e hijos es contraria al interés y beneficio de los menores, lo que determina que el recurso, apoyado por el Ministerio Fiscal, deba ser acogido.

**SEXTO.-** *Sobre las costas procesales*

La estimación del recurso de casación conduce a que no se haga especial pronunciamiento sobre costas ( art. 398 LEC). Tampoco las de la apelación ante las concretas circunstancias concurrentes y hallarse en juego el interés superior de los menores, lo que justifica el examen del escenario en que las relaciones familiares se desarrollaron para obtener de ellas las consecuencias jurídicas procedentes.

Tampoco se hace especial pronunciamiento sobre el reintegro del depósito para recurrir, al litigar la demandante acogida al beneficio de justicia gratuita que excluye su constitución ( art. 241.3.º LEC).

**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.<sup>a</sup> Brigida , contra la sentencia 276/2023, de 26 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Santander, sección segunda, en el recurso de apelación 846/2022, sin hacer especial condena en costas.

**2.º-** Casar y anular dicha sentencia, desestimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de 21 de septiembre de 2022, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Santander, dejando sin efecto el régimen de comunicación entre padre e hijos, fijado en el apartado 2.º del fallo de la sentencia de la audiencia, sin hacer condena sobre las costas de la alzada.

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.