

Patria potestad, custodia y visitas en violencia de género

Francisco Ruiz-Jarabo Pelayo

Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga

(Granada, Colegio de Abogados, 23 de septiembre de 2016)

Este trabajo está concebido como un estudio sobre la forma en que se ven afectadas determinadas medidas civiles cuando nos encontramos ante una situación de violencia de género.

Por tanto el contenido del presente trabajo va a ser el siguiente:

1º.- Patria potestad.....	3
2º.- Derecho de información cuando hay alejamiento	7
3º.- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito	10
4º.- Leyes de protección a la infancia y adolescencia	14
5º.- Violencia de género como impeditiva de la custodia compartida	26
6º.- Afectación del régimen de estancias (visitas)	32

PATRIA POTESTAD

Normalmente en mis sentencias cuando estaba en el Juzgado de Familia y ahora en el Juzgado de Violencia incluyo una especie de “manual de instrucciones” para ayudar a las familias que se separan a manejarse tras la ruptura. En lo que respecta a la responsabilidad parental (patria potestad) indico lo siguiente:

“TERCERO: PATRIA POTESTAD.- *En relación a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, se deberá tener en cuenta que:*

El artículo 154 del Código Civil dice que la patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades: 1.- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.- representar y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieran suficiente juicio serán oídos antes de tomar cualquier decisión que les afecte. Y el artículo 156 fija que esa patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores, salvo que por razones concretas y justificadas, se acuerde que de forma general o en relación a un tema concreto esa patria potestad se ejerza sólo por uno de ellos. Debiendo tener presente los padres, los profesionales del Derecho y cualquier persona que interactúe con el menor, que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor fija el derecho del niño a ser oído de manera absoluta, llegando a imponer al Juez la obligación de dictar una resolución motivada, para justificar su negativa a no oír al menor cuando éste así lo solicita.

El artículo 2 del Reglamento Comunitario 2201/2003 define la responsabilidad parental, figura no idéntica pero sí muy similar a la patria potestad, como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. Dentro de este concepto se incluyen los derechos de custodia y visita.

Derechos de custodia son aquellos derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor, y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

Derecho de visitas es el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado.

Vistos estos artículos, y valorando todas las pruebas practicadas, ha quedado acreditado que ambas partes son buenos progenitores, que están preocupados por el cuidado, evolución y desarrollo integral de sus hijos; y que la relación de éstos con ellos también es buena. Por todo lo cual, la patria potestad y por extensión la responsabilidad parental se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores.

(A partir de aquí aconsejo incluir en los convenios reguladores lo siguiente:)

Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a sus hijos adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los hijos deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan, la comunicación se hará vía burofax o buroSMS y el otro progenitor deberá contestar en plazo de cinco días. Si no contesta y queda probado que ha recibido la comunicación, se entenderá que presta su conformidad.

Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto a sus hijos tomen en el futuro, siendo de especial relevancia las que se vayan a adoptar en relación a la residencia de los menores, cuestión que no podrá ser decidida de forma unilateral por ninguno de ellos bajo ningún concepto, o las que afecten al ámbito escolar, sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esta base se impone la intervención conjunta de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo. Se impone así mismo la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro, salvo supuestos de extrema urgencia. Se impone igualmente la intervención y decisión conjunta de ambos padres en

las celebraciones religiosas, obligatoriamente en lo relativo a la realización del acto religioso y siempre que se pueda en la celebración lúdica.

Bajo ningún concepto tendrá preferencia a la hora de tomar estas decisiones ni el progenitor que tiene la guarda y custodia exclusiva, ni el progenitor que ese día lo tenga en su compañía.

Los dos padres deberán ser informados por el otro progenitor y por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación; e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación escolar, tanto si acuden los dos juntos como si lo hacen por separado.

De igual forma, tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y que se facilite, a cada progenitor que lo solicite, los informes pertinentes sobre la salud de los mismos.

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos en que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse.

Esta y las posteriores medidas que se recogen en esta resolución se fijan en interés de los menores y valorando la situación actual, en especial el lugar donde residen en estos momentos. Por lo tanto cualquier cambio de domicilio o residencia de los menores, se debe acordar por ambos cónyuges y en caso de conflicto por el Juez.

Por último, y en relación a la titularidad y ejercicio de la patria potestad y responsabilidad parental, se advierte a ambos progenitores que cualquier decisión que adopten de forma unilateral, sin cumplir los requisitos anteriormente reseñados, en relación a los menores, no se consolidará por el mero paso del tiempo, de tal forma que

podrá ser revocada, con todas las consecuencia que de ello se puedan derivar, incluidas las del artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

¿Cómo compatibilizar el derecho a la información del progenitor no custodio con la vigencia de una pena o medida cautelar de prohibición de comunicación?

En los supuestos de ruptura del matrimonio o pareja, lo más frecuente – máxime en los procedimientos de familia que se tramitan ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, donde la posibilidad de articular fórmulas de custodia compartida resulta vedada en la mayoría de los supuestos en virtud de lo dispuesto en el artículo 92.7º del Código Civil- es que la sentencia prevea la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de forma exclusiva a uno de los progenitores, y la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos, pero esta situación determina que en numerosas ocasiones se produzcan conflictos entre las partes cuando el cónyuge no custodio aduce que el custodio está tomando por sí solo todas las decisiones que afectan al menor, tanto las que refieren a aspectos de la vida cotidiana como las más trascendentes.

Por otra parte, resulta manifiesto que el progenitor no custodio tiene derecho, en orden a desempeñar las funciones inherentes al desempeño de la patria potestad, a ser informado puntualmente por el custodio de todas las incidencias de importancia que afectan al menor.

El problema se plantea a la hora de resolver cómo conciliar el derecho de información que ostenta el progenitor no custodio con la existencia de una pena o medida cautelar de prohibición de comunicación entre las partes.

El Código Civil –a diferencia del Código Civil de Cataluña- no establece ninguna previsión al respecto, por lo que, ante la falta de regulación legal, creemos que, salvo que concurren circunstancias que justifiquen la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno u otro progenitor, en sentencia debería articularse la forma de hacer efectivo ese derecho.

Una posibilidad podría ser la de establecer en sentencia la obligación de informar de forma periódica y a través del Juzgado, a fin de garantizar la efectividad de la medida de prohibición de comunicación, planteándose en este caso la cuestión de si el progenitor custodio ha de informar al no custodio de aquellos aspectos relevantes de la vida del menor que el no custodio pueda recabar por sí mismo, como los relativos a cuestiones sanitarias o educativas.

La SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 16 de marzo de 2011 (ROJ 2255/2011), establece que la previsión contemplada en el derogado artículo 140 del Código de Familia catalán “*no está prevista para que la madre informe de aquellas cuestiones que el padre puede conocer por sí mismo, sino para aquellos temas o hechos relevantes que se plantean al progenitor custodio a propósito precisamente del cuidado de su hijo o de su patrimonio*”. Concluye así que el padre puede dirigirse por sí mismo al centro escolar y sanitario para recabar la información relativa a su hijo.

Y añade la Sentencia: “*No puede obviarse la existencia de una orden de alejamiento respecto a la Sra. María del Pilar y que ésta ha comunicado siempre al colegio cuando el hijo estaba enfermo, excepto en una única ocasión*”.

Criterio distinto es el establecido por la misma Sección 12ª de la AP Barcelona, en Sentencia de 14 de febrero de 2003 (ROJ 1419/2003), que rechaza el argumento esgrimido por la madre de que no es necesario informar mensualmente en relación a la evolución escolar y sanitaria del menor por cuanto el padre –respecto del que se había acordado la suspensión del régimen de visitas- puede recabar información dirigiéndose al centro escolar o al pediatra, indicando la sentencia que “*el ejercicio de la patria potestad conjunta es intransferible como declaró la STS de 29 de noviembre de 1995, y deriva hacia una serie de deberes de los progenitores entre sí dado que los*

hijos no emancipados están bajo potestad de padre y madre, que la han de ejercer conjuntamente en beneficio de los hijos (artículo 154 CC), por lo que no cabe delegación alguna del deber de información al cónyuge no custodio a través de terceras personas cuando no hay causa o motivo para ello, porque el artículo 34-3 de la CE impone el deber a los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos dentro o fuera del matrimonio, e igualmente su ejercicio aparece en el artículo 156 CC, y siendo que el padre ha de estar suficientemente informado del desarrollo de los estudios y de la salud del hijo, para que pueda proporcionar al menor la ayuda y asistencia que necesite en todo momento (artículo 92 CC), es por lo que se ha de mantener el deber de la demandada impuesto en la sentencia pues no cabe confundir la inconciliable postura de enfrentamiento de la pareja con el peligro concreto para la salud o desarrollo integral del menor”.

3°.- Reforma emprendida por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Artículo 26. Medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

*2. El Fiscal recabará del Juez o Tribunal la **designación de un defensor judicial** de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:*

a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

Además en la disposición final 1.14 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, y para delitos del artículo 57 del Código Penal (delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), es decir, en los mismos casos del artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los que cabe dictar cautelarmente una orden de alejamiento o de no comunicación, y cuando resulte necesario para proteger al menor o a la persona con capacidad judicialmente modificada, introduce un nuevo artículo 544 quinquies, para determinar legalmente, que cuando resulte necesario para la protección de un menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, víctima de un delito del artículo 57 del Código Penal, el Juez pueda adoptar la suspensión de la patria potestad, la tutela, curatela, guarda o acogimiento, o establecer un régimen de supervisión, o la suspensión del régimen de visitas o de comunicación. No distingue entre si se trata de víctimas directas o indirectas, por lo que en principio cabe entender que no excluye de su protección a las víctimas indirectas, si bien esta conclusión es dudosa.

Respecto de la **distinción entre víctima directa y víctima indirecta**, el artículo 2, “*Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima*”, establece:

“Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratase de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la

muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito”.

Se excluye por tanto del concepto de víctima indirecta al cónyuge separado legalmente o de hecho, y al responsable de los hechos, y se admite la inclusión de los hijos del cónyuge o persona con la que la víctima conviviera en análoga relación de afectividad.

Artículo 544 quinquies del Código Penal:

“1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.

b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.

d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

2. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3.

3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Artículo 544 quinquies ha sido introducido por el apartado catorce de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito («B.O.E.» 28 abril), entrando en vigor el 28 de octubre de 2015.

4°.- Reformas emprendidas por las Leyes de protección a la infancia y adolescencia

Estas dos reformas vienen comprendidas en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, que regula fundamentalmente el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y que fundamentalmente modifica la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000. Un total de 21 normas quedan afectadas por la reforma.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su artículo 12, “Actuaciones de protección”, y tras la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, que “3. *Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación*”.

Resulta muy interesante la **necesidad de revisar las medidas de protección** acordadas respecto de menores, ya que el mismo precepto legal en su apartado quinto establece que “*cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses*”.

La Disposición final tercera de la LO 8/2015, que entró en vigor el 12 de agosto de 2015, modifica el apartado 2 del artículo 1, y los artículos 61.2, 65 y 66 de la

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en los siguientes términos:

A continuación se regula la posibilidad de acordar medidas cautelares y suspender la patria potestad o el régimen de estancias de un modo similar al previsto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito:

“Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 61, que queda redactado como sigue:

«2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas»

Tres. Se modifica el artículo 65, que queda redactado como sigue:

«Artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.

El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.»

OJO, como se puede ver se habla siempre de SUSPENSION Y NO de PRIVACION. La privación al amparo del artículo 170 DEL CÓDIGO CIVIL, RESTRINGIDO POR JUZGADOS.

(A FALTA DE SUSPENSION, CONFUSION CON DEBERES GUARDA Y CUSTODIA, motivo de conflictos)

IMPORTANTE: Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2015.

El pasado 29 de septiembre de 2015 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo avaló la privación de la patria potestad por vía penal en un intento de asesinato de la pareja presenciado por la hija menor. La sentencia resulta significativa teniendo en cuenta la reacia tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la pena de privación de la patria potestad – sin perjuicio de acudir a la vía civil – y todo ello pese a que desde el 2010 la reforma introducida en el artículo 55 del Código Penal prevé – como potestativa y con naturaleza accesoria – tal imposición en penas de prisión igual o superior a diez años siempre y cuando exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de este derecho. Significativas resultan – en este sentido – las palabras del Supremo cuando en su fundamento jurídico quinto dice textualmente:

“(…) repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre”.

Se trata de una sentencia importante en tanto en cuanto se podría decir que marca un antes y un después en el ámbito de la violencia de género y en su afectación a las y los menores. La razón es obvia toda vez que cabe observar una ruptura con ese discurso hasta entonces dominante que ha visto compatible ser un agresor por violencia de género a la par que un buen padre de familia. El propio Supremo – en la sentencia referenciada – habla de ‘resistencia’ a la aplicación en el proceso penal de la pena de

privación de la patria potestad. Resistencia que cabe constatar tras un análisis de su jurisprudencia concretándose en la adopción del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de mayo de 2000. Ahora bien, ¿cuáles son los términos en los que se concreta esa ruptura discursiva dominante en sede jurisprudencial? ¿Habrán influido las últimas modificaciones normativas en materia de protección de menores, a saber; Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia? ¿Y el II Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016? ¿Y la condena de la ONU a España en el caso González Carreño? Pues bien, vayamos por parte y veamos en donde radican los cambios:

Como reconoce la propia sentencia objeto de comentario la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS ha sido reacia a la adopción de la pena de privación de la patria potestad sin perjuicio de que fuera en la vía civil donde se acordara la medida.

Los argumentos jurídicos aducidos para su no adopción pueden encontrarse en sentencias como la STS 780/2000, de 11 de septiembre o la STS 568/2001, de 6 de julio así como en la STS 750/2008, de 12 de noviembre.

En líneas generales, las sentencias anteriormente mencionadas diferencian, por un lado, las sanciones civiles relacionadas con la patria potestad ante el incumplimiento de los deberes familiares (artículo 170 CC) y, por otro, la privación de la patria potestad como pena principal o accesoria así como la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento para supuestos en los que estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido – así reza en la dicción literal del artículo 55 del CP.

Un aspecto clave – en el análisis – viene determinado por la separación que en sede jurisdiccional se ha venido haciendo cuando las lesiones y/o malos tratos, esto es, la conducta delictiva, no tenían como destinatarios directos a las y los menores pero sí presenciaban los hechos (algo habitual en violencia de género y que antes de las reformas recientemente aprobadas servían de justificación para no conceptuar a las y los menores como víctimas directas de este tipo de violencia). En este punto conviene

reseñar cómo las sentencias anteriormente citadas argüían la falta de nexo causal entre los hechos y la pena impuesta en los tribunales de instancia.

Al hilo de lo anterior, resulta significativo el fundamento jurídico cuarto de la STS 750/2008, de 12 de noviembre, cuando dispone textualmente: “(...) entendemos que la Sala de instancia incurrió en un evidente error ‘iuris’ al privar de un derecho tan importante (y sagrado) como es el de la patria potestad a un padre respecto a un hijo menor (cuatro años) que nada tenía que ver con la actividad delictiva por la que aquél fue juzgado ...”.

Tras la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo del pasado 29 de septiembre de 2015 el hilo argumental sobre la falta de ese nexo causal cambia. Y es que la Sala de lo Penal no tiene dudas con respecto a señalar la existencia de un nexo causal entre el delito recogido en el factum de la sentencia de instancia (acuchillamiento de la madre por el recurrente efectuado en presencia de la hija menor) y el derecho al desarrollo integral de la menor.

Es más, el Alto Tribunal precisa textualmente: “(...) no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores, pues es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad (...)”. Recordando que “(...) la patria potestad se integra, ex artículo 154 CC por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de los menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor”.

Llegados a este punto, se observa un cambio discursivo en el marco interpretativo del Alto Tribunal. Y es que frente al reconocimiento ‘sacro’ del ejercicio de la patria potestad – nótese las precisiones terminológicas de ‘sagrado’ en cuanto digno de veneración por su carácter divino – el foco de atención y la centralidad se trasladan ahora a la protección de las y los menores y a velar por el llamado del interés

superior de éstos. Algo que no es nuevo – sin perjuicio de las concreciones normativas recientes – y que se erige (o debería haberse erigido) en principio inspirador de todo el ordenamiento jurídico, específicamente, en materia de infancia y adolescencia. El Tribunal Constitucional lo dejó claro en la STC 4/2001, de 15 de enero, cuando precisó que el ‘interés superior de las y los menores’ debe actuar como criterio básico y preferente en los procedimientos en materia de familia y constituye uno de sus elementos imperativos. Obviamente este posicionamiento supone apostar por una nueva dimensión de la patria potestad en materia de familia esencial para deconstruir ese discurso falsamente igualitario que entiende la igualdad únicamente como una igualdad normativa (y formal). No obstante, conviene precisar que apostar por el interés superior de las y los menores implica un cambio de paradigma con respecto a la lógica argumental dominante de análisis. Aspecto que no es menor si tenemos en cuenta los derechos susceptibles de afectación.

**PRIVACION POR INCUMPLIMIENTO REITERADO Y
PROLONGADO DE LOS DEBERES PATERNOS**

STS 621/2015, de 9 de noviembre de 2015, Sala de lo Civil, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. En dicha sentencia se aplican los artículos 154 del Código Civil (asume la importancia de los deberes paterno filiales), 170 del Código Civil (consagra la discrecionalidad del Juzgador en cuanto a la privación de la patria potestad) y también estudia el interés del menor comprendido el ese último precepto.

En esta sentencia se tienen en cuenta los graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba con muy poca edad, por lo que estima que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que así proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el Tribunal de instancia.

La fundamentación jurídica de dicha sentencia es la siguiente:

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO. - Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen.

1. La representación de la parte actora doña Leticia presentó, con fecha 27 de diciembre de 2011, demanda de privación de la patria potestad y régimen de visitas de la hija menor de edad común de los litigantes, contra don Iván.

2. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 19 de septiembre de 2012 atribuyendo a doña Leticia el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre la hija Sonia, menor de edad, habida de su relación con don Iván.

3. El Órgano Judicial motivó su decisión en atención a los siguientes hechos: (i) La menor nació el 13 de junio de 2006 y en julio de 2007 se dictó sentencia por la que se condenaba al demandado como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, sin que, en cumplimiento de la sentencia penal, acudiese al punto de encuentro a relacionarse con su hija, sin causa justificada; (ii) En la sentencia de divorcio de fecha 23 de julio de 2010, fecha en la que la menor tenía cuatro años, se recoge que el demandado admite que hace al menos un año que no ve a su hija y que tuvo problemas de toxicomanía, manifestando que consumía cocaína y porros; (iii) Esta falta de contacto fue la que aconsejó un régimen de visitas progresivo a desarrollar en el punto de encuentro, sin que tampoco lo haya cumplido, manifestando la madre en juicio que hacía cuatro años que no veía a la menor; (iv) No ha existido conducta obstruccionista de la madre para evitar los encuentros; (v) Lo que se ha constatado es un reiterado incumplimiento por el demandado de las obligaciones que venían impuestas en las sentencias y una absoluta dejación de los deberes más elementales para con su hija, que comenzó ya cuando la menor contaba muy temprana edad, afectando directamente a la relación paterno-filial, hasta el punto de provocar que la menor no tenga relación con su padre; (vi) Corolario de los anteriores hechos es la

estimación de la demandada, en cuanto a la privación al demandado de la patria potestad de la menor, de conformidad con el artículo 170 del Código Civil.

4. La representación procesal del demandado interpuso recurso de apelación contra la indicada sentencia, del que conoció la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó sentencia el 25 de marzo de 2014 por la que desestimaba el mismo.

5. El Tribunal de instancia se apoya en sentencias de esta Sala (STS de 5 de marzo de 1998 y 11 de octubre de 2004) para decidir sobre la privación de la patria potestad del progenitor que durante años ha hecho absoluta dejación de los deberes propios de la institución (artículo 154 del Código Civil), negando que tal dejación obedezca a habersele obstaculizado el desempeño de sus funciones, que ha tenido lugar tanto en lo afectivo como en lo económico una prolongación desmesurada en el tiempo, hasta convertirse en incumplimiento grave y reiterado de deberes. El Tribunal hace suya la extensa ponderación de la sentencia de la primera instancia. Añade que ello no impide (STS de 5 de marzo de 1998) que en el futuro, y en beneficio de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieran cesado las causas que motivaron la privación (artículo 170, párrafo segundo, del Código Civil). Tampoco imposibilita la decisión que se acuerda el que el demandado pueda relacionarse con su hija en los términos del artículo 160 del Código Civil si así se solicita y se considerase, en su caso, procedente en el futuro.

6. La representación procesal del demandado interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC, en los términos que más adelante se recogerán, que fue admitido por Auto de la Sala de 20 de mayo de 2015 y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por el Ministerio Fiscal por entender en esencia, que prescinde de los hechos declarados probados y, por ende, no se compadecen con estos la doctrina de las sentencias que se citan como referencia de interés casacional.

Recurso de Casación.

SEGUNDO.- Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.

El recurso de casación, se interpone al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC por infracción del artículo 170 del Código Civil y del artículo 39.1 de la Constitución Española. El interés casacional se funda en la existencia de doctrina jurisprudencial contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la privación de la patria potestad por impago de pensiones e incumplimiento del régimen de visitas.

En un sentido acorde con la sentencia recurrida, cita otra sentencia de la misma Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 7 de noviembre de 2005 que consideran como incumplimiento grave inherente a la patria potestad no ejercitar el régimen de visitas y el impago de pensiones.

En sentido contrario cita las sentencias de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Albacete de 4 de septiembre de 2009 y 30 de noviembre de 2012 que no consideran incumplimientos graves de la patria potestad para proceder a su privación, el no ejercitar el régimen de visitas y el impago de pensiones.

TERCERO.- Decisión de la Sala.

1. El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

2. Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014, Rc. 718/2012, que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y

requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996 ; 10 noviembre 2005)".

3. A la hora de valorarse el alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la Sala (STS de 6 febrero 2012, Rc. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, "[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho "(STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]."

Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor.

Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

4. Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre, confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o

cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo).

5. La sentencia recurrida, partiendo de la doctrina que se ha expuesto, ha valorado los hechos que ha declarado probados con los criterios discrecionales, pero de racionalidad, que exige el ordenamiento jurídico. Así califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el Tribunal de instancia.

6. Consecuencia de lo razonado es que el motivo no pueda estimarse, al no vulnerar la doctrina de la Sala. Hay sentencias que se han pronunciado en otro sentido pero por causas que aquí no se dan ni concurren conforme al factum de la sentencia recurrida. En algún caso era porque se olvidaban los hechos probados (STS 900/2005, de 10 octubre), o porque el padre desconocía el paradero de la hija a causa de que la madre se lo había ocultado (SSTS 654/2004, de 12 julio; 1127/2003, de 27 noviembre), o por no existir un incumplimiento reiterado (STS 998/2004, de 11 octubre).

7. Conforme a lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC procede imponer al recurrente las costas del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Iván, presentó recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº

264/13, dimanante de los autos de juicio sobre atribución exclusiva de patria potestad y alimentos de hija menor nº 188/11 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Palma de Mallorca.

2. Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

3. Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y Rubricado.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.

VIOLENCIA DE GÉNERO

COMO IMPEDITIVA DE LA

CUSTODIA COMPARTIDA

De todos es conocida la redacción del artículo 92.7 del Código Civil:

“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

La STS 36/2016, de 4 de febrero de 2016, Sección 1ª, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, parte de un supuesto en el que la Audiencia Provincial estima que procede la custodia compartida.

El padre fue condenado por un delito de violencia de género, "amenazas en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 171.4 ° y 5°, en relación con los artículos 57.3 ° y 48.2° del Código Penal", dándose como hecho probado la amenaza a la madre: *"como no me den la custodia compartida te arranco la piel a tiras, como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar"*.

Luego se arrepintió.

El Tribunal Supremo parte de las siguientes ideas fundamentales:

- Hay que tener en cuenta la repercusión evidente de esos hechos y que los hijos viven en un entorno de violencia de género.

- Los hijos son también víctimas, directa o indirectamente, por extensión de lo que la madre sufre.

- Es premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

- Una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

Y cita como normas a aplicar:

- El artículo 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, que exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia".

- Y el artículo 92.7 del Código Civil, ya citado.

La fundamentación jurídica de la sentencia es la siguiente:

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Sabina interpuso demanda contra Don Federico en la que solicitó, en lo que aquí interesa, se le atribuyera la guarda y custodia de sus dos hijos, Benigno y María Ángeles, nacidos el NUM000 de 2008 y NUM001 de 2010. La

parte demandada se opuso a la demanda solicitando la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores, que la sentencia del Juzgado negó y que la Audiencia Provincial acordó, conociendo del recurso de apelación.

La sentencia analiza los dictámenes periciales emitidos por el Equipo Psicosocial y deduce de ellos que ambos progenitores están igualmente capacitados para asumir la guarda y custodia de sus hijos, y que es conveniente para los menores que los dos participen en la vida del mismo con estancias frecuentes y habituales, siendo que el padre tiene disposición e interés en el ejercicio de las funciones parentales. El último dictamen del Equipo Psicosocial únicamente concluye que no hay necesidad de cambios puesto que los menores están adaptado a la situación familiar que permite una relación fluida con ambos progenitores en sus distintas actividades y rutinas diarias, sin que se llegue a analizar las circunstancias del por qué debe darse prioridad a las custodia materna exclusiva frente a la custodia compartida.

Doña Sabina formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Únicamente se va analizar el primero en el que denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida para establecer dicho régimen, prescindiendo del interés del menor, obviando que la madre se ha ocupado en todo momento de sus hijos y que las relaciones entre ambos cónyuges en nada benefician al interés de los menores.

No se va a entrar en el análisis del recurso extraordinario por infracción procesal, porque se va a estimar el recurso de casación, conforme también interesa el Ministerio Fiscal, lo que le hace innecesario.

SEGUNDO.- Sin duda la Audiencia Provincial acierta en su respuesta a la pretensión del padre. Se establece la guarda y custodia compartida a partir de la integración de los hechos que considera acreditados en los criterios de esta Sala sobre guarda y custodia compartida expresados en las sentencias que cita, como la de 29 de abril de 2013, y que en lo sustancial recoge la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. Nada habría que objetar, por tanto, si no fuera por la incorporación al rollo de esta

Sala de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernica-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género. La sentencia se dicta por conformidad del ahora demandado con la petición del Ministerio Fiscal y le condena como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 171. 4º y 5º, en relación con los artículos 57.3º y 48.2º del Código Penal, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, prohibición de acercarse a Dª Sabina a su domicilio, lugar de trabajo, lugar donde resida o cualquier otro frecuentado por ella a una distancia no inferior a 300 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses y privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de 20 meses.

La condena se fundamenta en los siguientes hechos probados: Federico... "sobre las 20:00 horas del día 6 de enero de 2015, cuando su expareja, Doña Sabina, iba a proceder a la entrega de los hijos comunes en la CALLE000, domicilio del acusado, y con ánimo de causarle a la misma un temor de sufrir un menoscabo en su integridad corporal, le dijo "como no me den la custodia compartida te arranco la piel a tiras, como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar".

La parte recurrida conoce, lógicamente, la sentencia, y ha tenido ocasión de hacer las alegaciones pertinentes sobre la misma al oponerse al recurso. Manifiesta que "se arrepintió de sus actos inmediatamente, motivo por el que asumió su responsabilidad mostrando su conformidad con la acusación del Ministerio Fiscal. Y, consciente de que aquel hecho se había producido por su estado de ansiedad y depresión, acudió a la consulta de un psiquiatra para tratar esos problemas".

Pero sus razones no pueden dejar sin repuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de

2013 ; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

El artículo 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia " y que "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"; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor.

Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".

TERCERO.- La Sala asume la instancia y mantiene la guarda y custodia de los hijos acordada por el Juzgado en favor de la madre y, a la vista de los hechos que se han puesto de manifiesto, deja a la determinación del Juzgado, en ejecución de

sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre, manteniendo el resto de las medidas acordadas.

CUARTO.- No procede hacer ningún pronunciamiento sobre las costas de los recursos, como tampoco respecto de las causadas en la primera instancia y en la apelación, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Sin examinar el recurso extraordinario por infracción procesal, se estima el recurso de casación interpuesto por Doña Sabina y se casa la sentencia dictada el 8 de octubre de 2014 por la Audiencia Provincial de Bizkaia.

2.- Se mantiene la sentencia del Juzgado de 1^a Instancia en cuanto establece la guarda y custodia de los hijos en favor de la madre y, se deja a la determinación del Juzgado, en trámite de ejecución de la sentencia, la fijación del régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre.

3.- Se mantienen el resto de las medidas.

4.- No se hace especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en los dos recursos y en las instancias”.

AFECTACIÓN DEL RÉGIMEN DE ESTANCIAS (VISITAS)

Soluciones prácticas más habituales:

- 1) Punto de Encuentro Familiar
- 2) Personas autorizadas
- 3) Entregas en colegios
- 4) Incumplimiento, destipificado
- 5) 544 quinquies LECr (ya examinado)
- 6) Leyes de protección a infancia y adolescencia

«Artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculgado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculgado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución»

7) Problemática cuando la víctima se encuentra en un Centro de Acogida: **¿Cabe acordar la suspensión del régimen de visitas en los supuestos de traslado de la madre y los menores a una casa de acogida?**

Sobre la posible suspensión del régimen de visitas de un progenitor, en general, debe recordarse en primer lugar la doctrina constitucional en relación a esta figura. En este sentido, la STC 176/2008, de 22 de diciembre (ROJ 176/2008), declara que *“la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».* Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”. Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, *“contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea («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»)”*.

Quiere ello decir que la suspensión únicamente deberá acordarse cuando en el procedimiento civil resulte acreditado el incumplimiento grave y reiterado por parte del progenitor no custodio de sus deberes paternofiliales.

El traslado de la madre y de sus hijos a una casa de acogida puede ser motivo suficiente, según la línea jurisprudencial adoptada por varias Audiencias Provinciales, para acordar la suspensión del régimen de visitas. Así se acuerda, como antes hemos visto, en la SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 27 de enero de 2010 (ROJ 2932/2010), y en la SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 28 de octubre de 2010 (ROJ 6778/2010), que confirma la sentencia que había acordado la suspensión temporal del régimen de visitas manteniendo un régimen de patria potestad compartida; y ello considerando acreditado que el padre, condenado por delito de violencia de género y sobre el que pesaba pena de alejamiento en relación a la madre, había utilizado las visitas para presionar al menor al objeto de averiguar el domicilio de la madre.

Indica la referida sentencia que *“el interés del menor debe prevalecer y, cuando la relación con el padre no responde a los fines de crear o mantener lazos afectivos, sino a los propios del padre en su persistencia de acoso respecto de la madre, procede la suspensión”*.

También opta por dicha solución la SAP Tarragona, Sec. 1ª, de 30 de diciembre de 2010 (ROJ 1539/2010), que confirma la sentencia de instancia, en la que se acordaba suspender al padre en el ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas del mismo, en un supuesto en el que el padre estaba incurso en causa penal por malos tratos en el ámbito familiar y presunta agresión sexual, y en el que se estimaba acreditado que sólo desde que la madre había ingresado en una casa de acogida con sus hijas, las menores habían podido ser vacunadas y escolarizadas, habiendo logrado sustraerse a un régimen doméstico en el que el padre imponía normas como impedir a la madre ir a comprar sola, mantener aisladas a su pareja e hijas, admitiendo únicamente visitas esporádicas y regladas de familiares, e imponiendo prohibiciones como ir al pueblo, ver la televisión entre semana o comer carne que habían supuesto una escasa socialización de las menores.

Deniega también la sentencia establecer régimen de visitas alguno, ni siquiera a través del Punto de Encuentro Familiar, entendiendo que *“debe primar la seguridad y el anonimato”* de las menores, al estar las mismas en una casa de acogida y precisar tratamiento psicológico.

Sin embargo, otras resoluciones optan por mantener el régimen de visitas pese al traslado de la madre y los menores a una casa de acogida, disponiendo que la Administración despliegue los medios necesarios para que se le dé cumplimiento.

Por ejemplo, la SAP Castellón, Sec. 2ª, de 7 de julio de 2009 (ROJ 631/2009), confirma la sentencia de instancia, que había acordado un régimen de visitas supervisadas en el Punto de Encuentro Familiar oficiando a la Administración para que cuidara del traslado de la menor. En dicho supuesto, el padre se encontraba en prisión provisional, y la madre y la hija común en un centro de acogida. Sin embargo, la Sala considera que no existen las “*graves circunstancias*” a que alude el artículo 94 del Código Civil que aconsejen la suspensión del régimen de visitas acordado, y, considerando que “*la relación del padre con su hija es buena*”, y que las causas penales en las que el padre está imputado no refieren directamente a la hija común y se han sobreesido, desestima el recurso por el que la madre reclamaba la supresión del régimen de visitas, indicando en todo caso que, “*con respecto a los pretendidos problemas "burocráticos" para organizar los traslados de la apelante y de su hija al punto de encuentro, ni se han acreditado ni se deben producir; siendo en este momento un objetivo prioritario, a cuya consecución deben cooperar tanto la apelante como las Administraciones Públicas, la reanudación de las relaciones entre padre e hija en los términos establecidos en la resolución judicial*”.

No debemos olvidar, en relación con esta cuestión, que en el Seminario sobre “*Criterios de interpretación de la Ley Integral en sede de Enjuiciamiento*”, organizado por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial los días 14, 15 y 16 de octubre de 2009 y celebrado en Madrid, se hizo constar (cuestión 43ª), en relación a si sería conveniente, para evitar perjuicios a los menores, suspender el régimen de visitas de los hijos para con el padre en los casos en que se haya dictado orden de alejamiento y los hijos estén viviendo con la madre en una casa de acogida en otra provincia, lo siguiente: “*La suspensión del régimen de visitas debe ser una solución excepcional que podría estar justificada en casos en que se viera comprometida la seguridad de los menores o de la madre, pero no cuando por razones puramente administrativas u organizativas fuera dificultoso el ejercicio del régimen de visitas*”.

En base a lo anterior, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, creemos que la suspensión del régimen de visitas no debería acordarse de forma automática por el mero hecho de encontrarse la madre y los menores residiendo en una casa de acogida, sino que debería acreditarse en cada caso concreto que el

mantenimiento de dicho régimen pone en riesgo la seguridad o la integridad física o psíquica de los hijos.

8) ¿Cabe acordar la suspensión del régimen de visitas en los supuestos de ingreso en prisión del progenitor no custodio?

En relación a esta cuestión, la SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 29 de octubre de 2009 (ROJ 10974/2009) refiere a un supuesto en el que, con posterioridad a la interposición por parte del padre de recurso de apelación interesando un régimen de visitas más amplio que el que se contenía en la sentencia de instancia, se puso de manifiesto en la causa el ingreso en prisión de dicho progenitor.

La Sentencia, después de recordar la doctrina jurisprudencial que establece que el desarrollo del derecho de visitas no puede ser interpretado de forma restrictiva, aunque sí debe limitarse o suspenderse ante cualquier peligro concreto y real para la integridad física, psíquica o moral del menor, señala que, *“como esta misma Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en sentencia de fecha 28 de Julio de 2005, el centro penitenciario no es el lugar idóneo para desarrollar lazos afectivos entre un padre y sus hijos”*, por lo que acuerda la suspensión transitoria del régimen de visitas, sin perjuicio de que, cuando tenga lugar la salida del centro penitenciario, bien se interese la ejecución de la sentencia de instancia, bien se inste la ampliación del régimen de visitas a través de la interposición de la correspondiente demanda de modificación de medidas.

El mismo criterio adopta la SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 29 de diciembre de 2009 (ROJ 13658/2009), que en un supuesto de modificación de medidas acuerda confirmar el pronunciamiento de instancia relativo a suspender el régimen de visitas entre padre e hija teniendo en cuenta el ingreso en prisión del progenitor, la falta de relación paterno-filial y la edad de la menor –de catorce años-. La Sala considera que el beneficio de los hijos es el interés que ha de primar, y acuerda además que *“se continúe con el trabajo de seguimiento por parte del equipo técnico, que se continúe la labor terapéutica y que ello se dirija a conseguir en ejecución de sentencia la instauración de un régimen de visitas adecuado a la situación que permita a la menor asumir la relación y acercarse emocionalmente tanto al padre como al resto de la familia paterna (...)”*, apuntando la posibilidad de que se establezca *“un régimen de*

visitas en el trámite de ejecución de sentencia previo informe favorable una vez se haya clarificado la situación penitenciaria del apelante”.

También opta por la suspensión del régimen de visitas la SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008 (ROJ 1077/2008), confirmando el pronunciamiento del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, teniendo en cuenta que el menor, de seis años de edad, apenas había tenido relación con su padre –ingresado en prisión desde antes de nacer aquél-, considerando *“cuestionable el beneficio que pueda suponer para su hijo que se formalicen unas visitas con un padre que hasta el momento poco le ha aportado y poco positivo puede aportarle en un futuro cercano, debido a su situación penitenciaria y a la gravedad de los hechos por los que cumple condena [varios robos y una agresión sexual, además de haber sido condenado por un delito de amenazas cometido contra su compañera sentimental]”* y entendiendo que constituye *“un riesgo innecesario el establecimiento de un régimen de visitas con una persona [el niño]a quien apenas conoce, en un medio sumamente hostil para un menor como puede ser el carcelario, y más aún si se tiene en cuenta la conflictiva relación existente entre sus progenitores”.*

Con idéntico criterio, la SAP Logroño, Sec. 1ª, de 24 de julio de 2008 (ROJ 370/2008) estima el recurso que se había interpuesto frente a la sentencia de instancia, que acordaba un régimen de visitas para el padre respecto a la hija menor de un día al mes a desarrollar en el centro penitenciario en el que aquél cumplía condena, y acuerda en su lugar la suspensión del régimen de visitas.

La referida sentencia, después de invocar las SSTS de 7 de julio de 2004 –ROJ 4886/2004- y 12 de julio de 2004 –ROJ 4999/2004-, que recuerdan que el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos está supeditado al interés superior del menor, así como la jurisprudencia en el mismo sentido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias Ignaccolo-Zenide contra Rumanía, nº 31679/1996, y Nuutinen contra Finlandia, nº 32842/1996), que declara que las autoridades internas deberán tener en cuenta la supremacía de los intereses del niño, velando por el justo equilibrio entre éstos y los derechos de los padres y por la protección del menor en la hipótesis de que los contactos con sus padres corran el riesgo de vulnerar los derechos del niño, acuerda dejar sin efecto el régimen de visitas acordado en instancia *“en tanto el padre esté ingresado en el centro penitenciario”*, teniendo en cuenta

singularmente que el mismo estaba cumpliendo condena por delitos de lesiones, quebrantamiento de medida cautelar, continuado de amenazas y de violencia habitual. Y ello *“sin perjuicio de que cumplida su condena u organizada la situación de libertad condicional se pueda modificar este régimen y decretarse, siempre en interés del menor, el régimen de visitas que resulte conveniente, que se deberá de determinar expresamente por el Juzgado y siguiendo el trámite previsto para la modificación de medidas”*.

El mismo criterio, por último, adopta la más reciente SAP Pontevedra, Sec. 1ª, de 5 de mayo de 2011 (ROJ 1153/2011), que confirma el pronunciamiento de instancia relativo a la suspensión del régimen de visitas y desestima el recurso del padre, que interesaba la fijación de un régimen para cuando saliera de prisión, por entender que *“el interés de los menores exige que se valore la situación una vez que el padre abandone la prisión (...) teniendo en cuenta (...) las concretas circunstancias que se den”*.

En relación a esta necesidad de valorar las circunstancias que concurren una vez que el progenitor no custodio abandone el centro penitenciario se pronuncia también la SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, de 28 de febrero de 2008 (ROJ 312/2008). En el supuesto que resuelve en apelación dicha resolución, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer había acordado la suspensión temporal del régimen de visitas por el tiempo que durara la condena del padre. Sin embargo, en el trámite del recurso de apelación, las partes presentaron escrito solicitando el archivo del rollo de apelación y suscribiendo un acuerdo extrajudicial, cuya homologación se interesaba, en el sentido de suspender el régimen de visitas por un período mínimo de tres años, transcurridos los cuales se efectuaría por los psicólogos y terapeutas de la menor y del progenitor no custodio una nueva evaluación de la situación a efectos de valorar la pertinencia de la reanudación de las visitas y, en su caso, la forma más adecuada para su desarrollo.

La sentencia, si bien considera contradictorio que se inste el archivo del recurso de apelación y a la vez se solicite la inclusión en la sentencia de primera instancia del contenido del acuerdo, accede a revocar la misma en el sentido de fijar como régimen de visitas el propuesto por las partes, por entender que el mismo garantizaba suficientemente el interés de la hija menor.

En todo caso, consideramos que el trámite más idóneo para resolver sobre el establecimiento de un régimen de visitas una vez el progenitor no custodio abandone el centro penitenciario y sobre los términos del mismo, es el del procedimiento de modificación de medidas, y no, como apunta alguna de las Sentencias citadas, el de ejecución de sentencia, ya

que sólo en aquel podrá valorarse adecuadamente y con plenitud probatoria si concurre el cambio de circunstancias que justifique un nuevo pronunciamiento, máxime revistiendo el mismo tanta trascendencia, por cuanto afecta directamente a menores de edad.

9) ¿Cabe acordar la suspensión del régimen de visitas en los supuestos en que existe un rechazo por parte de los hijos al progenitor no custodio?

En los supuestos en que se solicita la suspensión del régimen de visitas con fundamento en el rechazo por parte de los hijos al progenitor no custodio, debe distinguirse en función de la edad del menor y de la causa de rechazo que se invoca, por cuanto la constatación de dicho rechazo no debe fundamentar por sí sola una medida tan grave cual es la suspensión del régimen de visitas, medida que limitaría un derecho tanto del progenitor como del propio menor y que debe adoptarse con carácter restrictivo. Habrá, pues, que indagar en las razones que se aducen para justificar el rechazo, no sólo por parte del progenitor custodio, sino fundamentalmente por el propio menor, derivándolo si es posible a fin de que sea examinado por el Equipo Psicosocial y debiendo indagar en el material probatorio de que dispongamos (informes del Punto de Encuentro Familiar, del centro escolar, de los Servicios Sociales...) si el rechazo al progenitor tiene su fundamento en hechos objetivos verificables o, por el contrario, en un proceso de manipulación por parte del progenitor custodio para apartarle del no custodio, cuidando de no identificar dichas posibles manipulaciones con el cuestionado Síndrome de Alienación Parental (SAP).

En este sentido, en el Curso sobre *“Valoración del Daño corporal en las Víctimas de Violencia de Género”*, organizado por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid en septiembre de 2007 se estableció, como Conclusión 25ª, la siguiente: *“La conducta de rechazo de los menores al padre tras una separación puede deberse a diferentes causas, alguna de ellas nacida tras la propia ruptura, mientras que otras pueden deberse a factores previos a la quiebra de las relaciones afectivas que abocan a la separación. Identificar todas estas circunstancias como SAP es partir de una concepción estereotipada de base cultural en los roles de hombres y mujeres y conlleva cargar de intencionalidad y acción supuestas conductas de la madre para enfrentar a sus hijos e hijas al padre, que sólo se identifican por una sintomatología que, como hemos apuntado, habitualmente no se debe a estas conductas maternas”*.

Si el menor carece de suficiente grado de discernimiento, -capacidad que podría cifrarse alrededor de los doce años, por ser la edad a partir de la cual se exige su consentimiento en el acogimiento (artículo 173.2 del Código Civil) y su audiencia en los litigios sobre su custodia y en el ejercicio de la patria potestad sobre ellos (artículos 92, 159 y 156 del mismo texto legal)-, entendemos que, si de las pruebas practicadas no resulta causa grave alguna que motive el rechazo, no debe suspenderse el régimen de visitas establecido.

Así lo estima, por ejemplo, la SAP Málaga, Sec. 6ª, de 8 de julio de 2010 (ROJ 1948/2010), en relación a una niña de once años respecto de la que se había establecido, en un juicio previo de separación, un régimen de visitas restrictivo a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar y otro normalizado para cuando cesara la medida de alejamiento que pesaba sobre el progenitor no custodio y en relación a su esposa.

La sentencia desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre y confirma el mantenimiento de un régimen de visitas limitado y progresivo con el progenitor no custodio, basándose en los informes emitidos tanto por el Punto de Encuentro Familiar como por la Psicóloga adscrita a los Juzgados. En el referido supuesto, la menor aducía que su padre era “malo”, que tenía frío y que se aburría con él y, a medida que se suceden los procedimientos de modificación de medidas, que la insultaba y amenazaba, llegando a sufrir ataques de ansiedad cuando tenía que irse con el padre. La Sentencia concluye que, si bien es incuestionable el rechazo de la niña a su padre, no se acredita el motivo de dicho rechazo, por lo que no hay causa que justifique la suspensión del régimen de visitas al no resultar probada la existencia de los malos tratos alegados.

Además, dicha Sentencia tiene en cuenta los informes emitidos en el procedimiento penal de malos tratos por la Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género, y la exploración practicada a la menor en las Diligencias Previas que se habían seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, procedimiento en el que se había concluido que se apreciaban en la menor y en su madre “*racionalizaciones triviales, frívolas y absurdas sobre las referencias que hacen de los comportamientos del padre a la menor*”. Y razona por último la resolución que el interés superior del menor es el de que no se rompa el contacto con su progenitor sin causa que lo justifique.

En caso de que el menor sea mayor de doce años, o adolescente, el problema se agrava, por cuanto es prácticamente imposible, e incluso puede ser contraproducente, establecer un régimen de comunicación y estancias o ejecutar un pronunciamiento de régimen de visitas en

relación a un menor de dicha edad. En estos casos, la audiencia al menor, al objeto de que exponga las circunstancias que le generan el rechazo a mantener comunicación con el progenitor no custodio, se revela especialmente necesaria, y la decisión a adoptar deberá ser acorde al interés del menor, ya sea en fase declarativa o ejecutiva.

Lo más frecuente es, tanto si el menor manifiesta de forma expresa y rotunda su deseo de no relacionarse con su progenitor como si evidencia indiferencia o desinterés en mantener contacto con él, adoptar algún tipo de fórmula abierta, que deje las comunicaciones a lo que libremente acuerden el progenitor no custodio y el hijo menor, pudiendo fijar también un régimen sin pernócta, como postura intermedia, o derivar a ambos a algún tipo de Centro de atención a la Familia para la implantación de alguna terapia o tratamiento en función de los recursos sociales de los que se disponga.

En este sentido, la SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 17 de junio de 2008 (ROJ 5589/2008), acuerda suspender provisionalmente el régimen de visitas de una hija de casi catorce años de edad con su padre, por entender que no se la puede obligar a cumplir régimen que rechaza y que le causa perturbaciones. La referida Sentencia revoca la de instancia, que había acordado –conforme se recomendaba por el Equipo Psicosocial- la realización de visitas en el Punto de Encuentro con obligación de éste de informar sobre su desarrollo, así como la intervención del Servicio de Asesoramiento Técnico de Barcelona para que iniciara trabajo terapéutico con los progenitores y las menores con idéntica obligación de informar al Juzgado.

La sentencia de la Audiencia, si bien considera probado que la madre no había sabido preservar a sus hijas –una ya mayor de edad- de los conflictos con su cónyuge, privándolas de tener una relación positiva con su padre, y califica de “reprobable” dicha actitud, tiene en cuenta los informes emitidos en ejecución de sentencia por el Punto de Encuentro, en los que constaba el evidente rechazo de la menor hacia la figura paterna y la inconsistencia de las causas de rechazo esgrimidas, así como un estado de “ansiedad y angustia” en el desarrollo del régimen de visitas. Por ello, la Sentencia concluye que *“las circunstancias descritas hacen por ahora inviable la continuación del régimen de visitas, (...) al no poder obligarse a una menor de casi 14 años de edad, al cumplimiento de un régimen de comunicación que rechaza y le causa perturbaciones importantes desde un punto de vista psicológico”*, y acuerda la suspensión del régimen de visitas, si bien previendo la posibilidad de que, en ejecución de sentencia, de oficio o a instancia del padre, puedan acordarse o instarse las medidas que se estimen oportunas en orden a intentar recuperar las relaciones paterno-filiales e incluso recabar

informes sobre la conveniencia, en interés de la menor, de modificar la atribución de la guarda y custodia a favor del padre.

El mismo criterio adopta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 18ª, de 8 de mayo de 2012 (ROJ SAP B 5111/2012), que entiende que, ante la imposibilidad de hacer efectivo cualquier régimen de visitas entre un progenitor y su hija de diecisiete años acuerda suspender el vigente y dejar al libre criterio de la adolescente la elección del tiempo que desea pasar con su padre.

Yo suelo incluir la siguiente fundamentación jurídica para dar cierto valor a los deseos de los menores. Recojo la fundamentación de un caso concreto, omitiendo el nombre:

“[Menor] tiene 14 años, cumpliendo los 15 el próximo día 6 de enero. Ante esta edad conviene estudiar la fuerza y alcance de la voluntad del menor a la hora de resolver el presente procedimiento, hasta qué punto pueden ser determinantes o no sus deseos. El Código Civil permite a menores de la edad de [Menor] realizar actos muy relevantes de gran trascendencia jurídica. Así, por ejemplo, a partir de la edad de 12 años, se exige su consentimiento en el acogimiento (artículo 173.2 del Código Civil) y la adopción (artículo 177.1 del Código Civil) e incluso antes de esta edad, debe ser oído para adoptar estas decisiones (artículo 177.3.3º del Código Civil). Corroborando esta postura de la ley, la exigencia de audiencia de los mayores de 12 años y aún menores de esa edad, que tengan suficiente juicio, en los litigios sobre su custodia (artículos 92 y 159 del Código Civil) y en el ejercicio de la patria potestad sobre ellos (artículo 156 del Código Civil), así como para la constitución de la tutela (artículo 231 del Código Civil) y para la subsistencia de los vínculos con la familia de origen en la adopción (artículo 178 del Código Civil). También en concreto se le reconoce capacidad para intervenir en la oposición al régimen de relación con el padre, la madre, los abuelos, otros parientes y allegados (artículo 160 del Código Civil), que es el tema concreto con el que nos encontramos en el presente procedimiento. A los menores de 14 años la Ley les reconoce capacidad para realizar actos de la trascendencia de optar, aunque sea asistido por su representante legal, por la nacionalidad española (artículo 20.1.b del Código Civil), así como solicitarla por carta de naturaleza o residencia (artículo 21.3.b

del Código Civil) y jurar o prometer fidelidad al rey y obediencia a la Constitución Española y a las Leyes (artículo 23.a del Código Civil), al igual que renunciar a una anterior nacionalidad. Estos menores con 14 años pueden contraer matrimonio con dispensa y solicitar ésta (artículo 48 del Código Civil), reconocer un hijo, al menos con autorización judicial (artículo 121 del Código Civil), ejercer la patria potestad sobre sus hijos, con asistencia de sus padres o tutor (artículo 157 del Código Civil) o, en caso de desacuerdo o imposibilidad de los mismos, del Juez. También pueden testar (artículos 662 y 663 del Código Civil), otorgar capitulaciones cuando puedan casarse (artículo 1329 del Código Civil) con concurso de padres o tutor, salvo que se limiten a pactar regímenes de separación de bienes o participación y procesalmente pueden recibir notificaciones (artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). A los 16 años (mayoría de edad penal y a la que [Menor] llegará dentro de un año) los menores están capacitados para la administración ordinaria de su peculio (artículo 164.4 del Código Civil) y pueden prestar consentimiento en la enajenación de valores mobiliarios suyos por sus padres, (artículo 166 párrafo 3º del Código Civil). A esta edad pueden ser emancipados (artículo 320 del Código Civil), tanto por los titulares de la patria potestad sobre ellos, como por el Juez. Es interesante la lectura a este respecto de la Exposición de motivos de la LO de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero) que alude a la Convención de los Derechos del Niño, para predicar una nueva filosofía en relación con el menor, reconociéndole un superior papel en la sociedad, con la exigencia de un mayor protagonismo. Es fundamental el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de su “capacidad progresiva para ejercerlos”, así como su “condición de sujeto de derechos” y no de mero objeto, como parece suceder en este caso. De esta forma, dice la exposición de motivos, el ordenamiento jurídico contiene una “concepción de las personas menores como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social” y “de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y de los demás”. Por eso, en aplicación de estos principios, a los menores en general se les faculta para solicitar medidas cautelares para asegurar sus alimentos y evitarles perturbaciones dañosas, en los cambios de titularidad de la patria potestad, así como para, en general, apartarle de peligros o evitarle perjuicios (artículo 158 del Código Civil).

Como puede apreciarse en los ejemplos que se acaban de citar la voluntad de los menores de edad debe ser muy tenida en cuenta, pues de lo contrario la audiencia de los mismos sería simplemente el cumplimiento de un trámite formal. Como mínimo su opinión ha de ser valorada de forma importante”.

DENEGACIÓN DEL REGIMEN DE VISITAS POR MALTRATO

En la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Primera, número 680/2015, de 26 de noviembre, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas, el alto tribunal señala en un caso de violencia de género y doméstica, que es extrapolable el concepto de interés del menor desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y más concretamente que este interés supone que la vida del menor se desarrolle en un entorno libre de violencia, y que 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.

Por ello, en el caso que resuelve en casación la STS 680/2015, que transcribimos a continuación, concluye que no se valoró adecuadamente ni por el Juzgado de instancia, ni por la Audiencia Provincial, el interés de la menor, cuando se estableció un régimen de visitas respecto a un condenado por violencia de género y doméstica; y por tanto, se determinó dicho régimen sin las debidas garantías, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y con su hermana mayor.

Y ha establecido 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.

La fundamentación jurídica es la siguiente:

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Alexander interpuso demanda de juicio verbal contra D^a Rafaela en la que se solicita la adopción de medidas materno filiales respecto de la menor Sofía.

Basa la parte actora su demanda en lo siguiente:

a) El demandante contrajo matrimonio con la demandada el 15 de septiembre de 2001. De dicho matrimonio nació el NUM000 de 2003 una hija llamada Elisabeth, la cual, al momento de interponerse la demanda, contaba ocho años de edad.

b) Por sentencia de 15 de enero de 2007 se decreta el divorcio entre los cónyuges, aprobándose asimismo el convenio regulador firmado de mutuo acuerdo el 12 de septiembre de 2006, en el que ambos cónyuges establecen las medidas respecto de su hija común y liquidan los bienes conyugales. Dicho convenio sigue en vigor al momento de interponerse la demanda.

c) Posteriormente al mencionado divorcio y tras una reconciliación, previa a la ruptura definitiva de la pareja, nació una segunda hija el NUM001 de 2008, Sofía, que al momento de interponerse la demanda cuenta con tres años de edad.

d) Por sentencia de fecha 2 de diciembre de 2011, emitida por el Juzgado de lo Penal n° 4 de Algeciras se condenó al demandante por un delito de malos tratos habituales contra la demandada, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor, Elisabeth, y un delito de amenazas a las penas de dos años y ocho meses, seis meses y seis meses de prisión y accesorias. Al momento de interponerse la demanda existe un orden de alejamiento provisional respecto de la demandada y la hija mayor, Elisabeth. No existe ninguna limitación de comunicación o visitas impuestas judicialmente respecto de la hija menor, Sofía.

e) A través de la demanda se solicita que la hija menor de edad, Sofía, quede bajo la guarda y custodia de la madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad, así como la fijación de un régimen de visitas respecto de dicha menor.

La parte demandada se opuso a la demanda, solicitando la desestimación de cualquier medida que pudiera suponer un régimen de visitas del progenitor con su hija. Apoya tal petición en que debido a la situación de maltrato que ella y su hija Elisabeth han sufrido el demandante no es una persona apta para atender y cuidar a su hija, existiendo el riesgo de que el actor pueda ocasionarle algún daño a una niña de tan solo tres años de edad. Añade que las consecuencias para su hija mayor, Elisabeth, serían nefastas al ver como su padre puede tener una relación con su hermana y no con ella. Asimismo indica que la menor sobre la que se solicita el régimen de visitas no conoce a su padre ya que dejó de tener contacto con él cuando tenía un solo año de edad, siendo para ella un completo desconocido.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Dicha resolución acuerda atribuir la guarda y custodia de la menor, Sofía, a la madre, con ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. En cuanto al régimen de visitas opta por el establecimiento del mismo en favor del padre. Apunta en cuanto a tal extremo que aun cuando es cierto que existe una desvinculación total entre padre e hija, también lo es que ninguna condena entre el padre y Sofía existe, no siendo razonable prolongar de forma indefinida esa falta de contacto respecto de la menor. Ahora bien, en atención a las circunstancias concurrentes dicho régimen de visitas deberá tener un carácter restrictivo, a saber, un día a la semana, durante dos horas, de 17,00 a 19,00 horas, a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras de forma tutelada. Añade que se considera adecuado tal régimen de visitas para ir fomentando la relación paterno filial a medida de que la menor vaya retomando el contacto de forma progresiva y no traumática con su padre. Este régimen de visitas no se iniciará en su aplicación hasta que se produzca la excarcelación del actor y tenga, en consecuencia, posibilidad de acudir al Punto de Encuentro Familiar. De la misma forma se condicionará el disfrute de tal régimen de visitas a que por parte del actor se justifique documentalmente que se ha sometido a un programa terapéutico en el que se le trate de su violento carácter y que le habría llevado a cometer los hechos por los que ha resultado condenado.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, D^a Rafaela, dictándose sentencia de segunda instancia por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, de fecha 18 de septiembre de 2014, la cual

desestimó el recurso interpuesto, confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos en ella expuestos.

Recurre en casación la parte demandada, D^a Rafaela.

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC 2000, dicho cauce constituye la vía casacional adecuada de conformidad con la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

El escrito de interposición del RECURSO DE CASACIÓN se articula en un motivo único, en el que tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 9.1 y 9.3 de la Convención de los derechos del niño, 94.1, y 158.4 del Código Civil, el artículo 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, el artículo 153 del Código Penal y el artículo 39 de la Constitución Española, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Como fundamento del interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se cita como opuesta a la recurrida la Sentencia de esta Sala de fecha 11 de febrero de 2011 y las que en ella se citan.

En dicha resolución se establece la siguiente doctrina:

"CUARTO. Uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre se produce cuando existen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita. Así el Artículo 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dice que " El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera" y el Artículo 66 admite que "El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes".

En el presente recurso de casación se impugna una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se considera probada la conducta violenta del recurrente. Así, se acredita que la madre se encuentra en unas circunstancias frente al padre que obligaron en su momento a redactar una orden de protección, que no consta a este Tribunal que en este momento haya sido revocada; se abrieron diligencias penales, aunque se sobreseyeron; el recurrente protagonizó unos episodios de violencia ante los propios tribunales que entendían en los trámites del juicio de guarda y custodia de alimentos del hijo menor. Todo ello ha llevado al Tribunal a negar el régimen de visitas, con base a la protección del interés del menor.

QUINTO. Respecto a las sentencias que el recurrente alega para justificar el interés casacional a cuyo amparo interpone el presente recurso de casación, debe negarse que puedan fundar el presente recurso. Así, la sentencia de 9 julio 2002, estima que concurre falta de prueba de los factores de riesgo de despreocupación por parte del padre y alejamiento temporal y por tanto admitía el recurso porque no se había probado el perjuicio, que en cualquier caso, no tenía nada que ver con episodios de violencia; en la de 19 octubre 1992 no se apreciaron circunstancias de riesgo, así como en la de 21 de julio de 1993. Por ello no puede alegarse un interés casacional que resulta absolutamente artificioso, frente a una apreciación de la prueba por parte de los jueces que han intervenido en el presente procedimiento, que han llegado a la conclusión que la conducta del padre llevada a cabo hasta el momento de presentar el recurso, no permitía apreciar que el interés del menor quedara protegido si se reconocía a dicho padre el derecho de visitas. Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de la modificación de medidas en el caso de que cambien las circunstancias que ahora han determinado la denegación."

Como fundamento del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales se citan como opuestas a la recurrida la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de fecha 12 de febrero de 2014 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, de fecha 17 de marzo de 2011. En dichas resoluciones se acuerda no establecer un régimen de visitas a favor del padre por entender que la relación padre-hijo puede resultar perjudicial para el menor. Apoya tal conclusión en que el padre se halla en prisión precisamente por un

delito de maltrato habitual respecto de la progenitora y la hija primogénita, así como la falta de contacto entre el padre y el hijo con la consiguiente desestabilización del menor.

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina señalada por cuanto el régimen de visitas acordado es perjudicial para el interés del menor, habiéndose adoptado en contra del informe emitido por el Instituto de Medicina Legal de Cádiz, el cual desaconseja expresamente que se realicen visitas por el progenitor a la menor.

El Ministerio Fiscal, ante esta Sala, no impugnó la casación.

SEGUNDO.- Motivo único. Vulneración de los siguientes principios y preceptos de nuestro ordenamiento jurídico: arts. 9.1 y 9.3, en relación con el artículo 18.1.1 de la Convención del Niño, arts. 94.1, 154, 158.4 del Código Civil, artículo 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículo 153 del Código Penal y artículo 39 de la Constitución Española. Alegación de existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Se cita como fundamento de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y como opuesta a la recurrida la STS, Sala 1a, de fecha 11-2-2011 y las que en ella se citan.

Se estima el motivo.

Alega la recurrente que en la sentencia recurrida no se tiene en cuenta que la menor (Sofía) no ha convivido, prácticamente, con su padre; que no se ha preocupado de ella, que el padre está cumpliendo condena por malos tratos a la recurrente y a su hija (Elisabeth), hermana de Sofía, que el tribunal está priorizando los derechos del padre sobre los de la hija menor de edad y que no tuvo en cuenta el informe del Instituto de Medicina Legal, que desaconsejaba las visitas.

El Ministerio Fiscal informó ante esta Sala que se había "priorizado el derecho del padre frente a los riesgos que pueda sufrir la menor. Es decir, no se ha aplicado debidamente el principio del interés del menor".

En la sentencia recurrida se declaró que el régimen de visitas era sumamente restrictivo y expresamente condicionado a la salida de prisión del padre y a que acreditase cumplidamente que se había sometido a terapia, visitas que se desarrollarían dos horas en semana y en un punto de encuentro familiar.

Sobre el particular, el artículo 94 del C. Civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, establece como esencial la salvaguardia de intereses del niño.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

Igualmente el artículo 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y que "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".

Este Tribunal en la sentencia invocada de 11 de febrero de 2011 mantuvo la suspensión del régimen de visitas dada la situación de violencia concurrente deducible de una orden de protección.

Igualmente en sentencia de 13 de febrero de 2015, rec. 2339 de 2013, en supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

A la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.

La recurrente solicita la suspensión del régimen de visitas.

El Ministerio Fiscal apoyó dicha tesis sin perjuicio de que el padre, una vez fuera de la prisión, pudiera plantear procedimiento contradictorio en el que acreditase fehacientemente que las visitas no generaban riesgo a la menor.

Esta Sala ha de declarar que en la sentencia recurrida no se respeta el interés de la menor, al no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quién lo debe desarrollar, ni quién homologará los resultados obtenidos, por lo que de acuerdo con el artículo 94 del C. Civil y artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija Sofía, sin perjuicio de que cuando cumpla la pena impuesta pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para Sofía, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y con su hermana Elisabeth.

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.

TERCERO.- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (artículo 398 LEC de 2000).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D^a Rafaela representada por la Procuradora, designada de oficio, D^a María Isabel Garvín Ceacero contra sentencia de 18 de septiembre de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz.

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de declarar que no procede fijación de régimen de visitas del demandante con su hija Sofía.

3. 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.

4. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

5. Procédase, en su caso, a la devolución del depósito para recurrir.

En Granada, a 23 de septiembre de 2016