Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 680/2015 de 26 noviembre

JUR\2015\292083

DENEGACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS DEL PADRE CON RESPECTO A SU HIJA. El padre fue previamente condenado por delito de maltrato con su esposa y con otra de sus hijas. Violencia doméstica.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 36/2015

Ponente: Excmo Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación, núm. 716/2013, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz , como consecuencia de autos de solicitud de medidas paterno-filiales, guarda custodia, visitas y alimentos, núm. 15/2012, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Algeciras, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Teresa Conde Mata designada del turno de oficio por tener su representado el beneficio de justicia gratuita, en nombre y representación de doña Rafaela , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María Isabel Garvín Ceacero, designada del turno de oficio, en calidad de recurrente y el procurador don Vicente Javier López López, designado del turno de oficio al tener su representado el beneficio de justicia gratuita para la representación de don Alexander , en calidad de recurrido y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

.- 1.- La procuradora doña Estrella Vargas Rivas, en nombre y representación de don Alexander , interpuso demanda de solicitud de adopción de medidas paterno-filiales contra doña Rafaela y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «por la que, estimando la presente demanda, declare la adopción definitiva de las siguientes medidas respecto de su hija menor Sofía , dejando vigentes las adoptadas por convenio regulador de fecha 12 de Septiembre de 2.006 respecto de la hija mayor:

a.- Respecto a la guarda y custodia :

La hija menor de edad habida de su unión, Sofía , quedará bajo la guarda y custodia de su madre y ambos progenitores mantendrán la patria potestad sobre la misma, por lo que cualquier decisión de interés para la vida, salud, formación y educación de la menor será adoptada por los progenitores conjuntamente.

b.- Respecto al régimen de visitas :

Teniendo en cuenta la situación judicial que existe en estos momentos, ya relatada, se solicita el siguiente régimen de visitas:

b.1.- Durante un plazo de tres meses desde su inicio, el padre podrá visitar a su hija durante tres horas, un día por semana en el Punto de Encuentro de Algeciras. Dicho día se determinará por este organismo teniendo en cuenta las necesidades laborales de los progenitores y las necesidades educativas o médicas de la menor.

Una vez transcurrido dicho plazo de tres meses y previo informe por parte del Punto de Encuentro de Algeciras, y hasta la finalización de la orden de alejamiento vigente en favor de la hija mayor, D. Alexander podrá visitar y tener consigo en su exclusiva compañía a Sofía dos días por semana desde las 17:00 a las 19:30 horas, recogiendo y entregando a la menor en el Punto de Encuentro de Algeciras. Dicho organismo será el encargado de establecer los días de visita dependiendo de las obligaciones laborales de los progenitores y las escolares de la menor, con el fin de no interferir en ellas.

b.2.- Desde la finalización de la orden de alejamiento mencionada, el padre podrá tener a su hija en su exclusiva compañía los martes y los jueves, de 17:00 horas a las 20:00 horas y los primeros y terceros fines de semana de cada mes desde las 18:00 horas del viernes a las 20:00 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y semana blanca. Dichas mitades serán alternas a lo largo de los años, eligiéndolas el primer año, en caso de discrepancia, la madre. En todo caso, recogiendo y entregando a la niña en el domicilio materno por si o mediante un familiar.

Respecto de las vacaciones escolares de verano, corresponderá al padre un mes de dicho período, que se repartirá quincenalmente entre julio y agosto, sin ser consecutivos, y con un período intermedio mínimo de quince días, eligiéndose dichos períodos procurando adaptarlos en la medida de lo posible a las obligaciones laborales de los progenitores. En todo caso, recogiendo y entregando a la niña en el domicilio materno por si o mediante un familiar.

Los días 25 de diciembre, 31 de diciembre y 6 de enero, así como el día del cumpleaños de la menor, podrá visitarla el progenitor que no la tenga en su compañía, por tiempo de dos horas, recogiendo y entregando a la niña en el domicilio custodio por si o mediante un familiar.

Ambos progenitores tienen derecho en todo momento a conocer la información sobre la evolución escolar de su hija, así como todos los datos referentes a su salud, de manera que deberán ser proporcionados al otro progenitor de forma puntual y precisa.

Cualquier cambio de domicilio de los progenitores deberá ser comunicado de forma

inmediata al otro, con el fin de que el régimen de visitas pueda ser desarrollado con normalidad. Este régimen de visitas (punto b.2) será flexible en todo momento teniendo en cuenta el horario laboral de los progenitores y las necesidades escolares de la menor, pudiendo sufrir las variaciones necesarias, bajo acuerdo de las partes y siempre en beneficio de la menor. Si existe discrepancia, se estará a lo especificado en el régimen mínimo aquí descrito.

c.- Respecto a la pensión en concepto de alimentos para la hija común :

D. Alexander , en concepto de alimentos para su hija, viene obligado a satisfacer una pensión a favor de la menor, conforme dispone el Art. 93 del Código Civil (LEG 1889, 27) , y así lo reconoce y asume, por lo que abonará la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS (150.-#) mensuales, cuyo pago se efectuará en la cuenta bancaria que la madre designe y notifique fehacientemente al padre, dentro de los diez primeros días de cada mes, por mensualidades anticipadas. Dicha cantidad será revisada anualmente conforme al índice de precios al consumo que cada año publica el INE u organismo que lo sustituya.

Los gastos considerados legal y jurisprudencialmente extraordinarios, serán abonados por mitad entre los progenitores, siempre que hayan sido previamente notificados y con consentimiento expreso de ambos progenitores.

Todo ello con expresa imposición de las costas del proceso al demandado para el caso en que se opusiera a esta demanda y se rechacen sus pretensiones».

2.- El Ministerio Fiscal, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes interesando «se dicte sentencia acorde con lo probado y los preceptos jurídicos oportunos».

3.- El procurador don Carlos Villanueva Nieto, en nombre y representación de doña Rafaela , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado «la suspensión del presente procedimiento hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento penal abreviado 244/2011, del Juzgado de lo Penal nº 4 de Algeciras, y en segundo lugar previos los trámites legales de rigor se proceda a la desestimación íntegra de la demanda deducida de contrario y todo ello con expresa condena en costas».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Violencia sobre la mujer número Uno de Algeciras se dictó sentencia, con fecha 22 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO. Que debiendo estimar parcialmente como estimo la demanda presentada por D. Alexander , representado por la Procuradora Sra. Vargas Rivas, contra D.ª Rafaela , representada por el Procurador Sr. Villanueva Nieto debo acordar las siguientes medidas referentes a la guarda y custodia y alimentos de la hija menor común (Sofía):

A) Se atribuye a la madre, D.ª Rafaela la guarda y custodia de la hija menor de edad (Sofía) fruto de la relación que mantuvo con el demandado, D. Alexander . La patria potestad se ejercitará de forma conjunta por ambos progenitores.

B) En cuanto al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, éste será el que

sigue: un día semanal (jueves) durante dos horas, desde las 17:00 a las 19:00 horas, a desarrollar de forma tutelada en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras. Este régimen de visitas no se iniciará en su aplicación práctica en tanto se produzca la excarcelación del actor y tenga, en consecuencia, la posibilidad de acudir al Punto de Encuentro Familiar conforme al horario antedicho. De la misma forma, se condiciona el disfrute de tal régimen de visitas a que por parte del actor se justifique documentalmente que se ha sometido a 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.

C) En concepto de alimentos para la hija menor a satisfacer por D. Alexander se establece la cantidad de ciento cincuenta euros mensuales (150 euros mensuales), que deberán ingresarse en los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que designe D.ª Rafaela , actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo (IPC) que establezca el Instituto Nacional de Estadística (INE) o cualquier otro organismo público. Los gastos extraordinarios serán asumidos por mitad entre ambos progenitores, previa acreditación documental de los mismos. Ello no obstante, y mientras se encuentre privado de libertad, tal cantidad se reducirá hasta los 50 euros mensuales, además de los gastos extraordinarios por mitad.

No procede hacer especial imposición en las costas causadas en la tramitación de este procedimiento a ninguna de las partes.

SEGUNDO

.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 18 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Rafaela , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia nº Uno de los de Algeciras, en fecha 23 de marzo de 2013, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución en sus propios términos, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.*

TERCERO

.- 1.- Por la representación procesal de D.ª Rafaela se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo único.- Vulneración de los siguientes principios y preceptos de nuestro ordenamiento jurídico: arts. 9.1 y 9.3, en relación con el art. 18.1.1 de la Convención del Niño , arts. 94.1 , 154 , 158.4 del Código Civil (LEG 1889, 27) , art. 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género , art. 153 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y art. 39 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) . 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.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 3 de junio de 2015 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al

Ministerio Fiscal con el mismo término.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador don Vicente Javier López López, en nombre y representación de don Alexander , presentó escrito de oposición al mismo. Por su parte el Fiscal no impugnó el recurso de casación, por el contrario interesa en su escrito que se case la sentencia recurrida y que se dicte otra suprimiendo el régimen de visitas otorgado al padre.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día diecisiete de noviembre del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

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 nº 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 una 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 el 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 art. 477.2 de la LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) 2000 , dicho cauce constituye la vía casacional adecuada de conformidad con la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1846) , 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 (LEG 1889, 27) , el artículo 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, el artículo 153 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y el artículo 39 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , 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 Art. 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735) , 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 Art. 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 art. 18.1.1 de la Convención del Niño , arts. 94.1 , 154 , 158.4 del Código Civil (LEG 1889, 27) , art. 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género , art. 153 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) *y* art. 39 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) . *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 art. 94 del C. Civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735) autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el art. 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 art. 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 art. 94 del C. Civil y art. 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 (art.

398 LEC de 2000 (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892)).

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.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.