

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9836 *Sala Segunda. Sentencia 53/2024, de 8 de abril de 2024. Recurso de amparo 8220-2021. Promovido por don B.J.M.S., respecto de las resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Madrid y un juzgado de violencia sobre la mujer de su capital, en proceso de divorcio contencioso. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación) en relación con la obligación de asegurar la protección integral de la familia y de los hijos y el estatuto constitucional de los derechos del condenado que esté cumpliendo pena de prisión: resoluciones judiciales que consideraron, de manera irrazonable, la situación de ingreso en prisión del padre como causa de privación del derecho de visitas.*

ECLI:ES:TC:2024:53

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 8220-2021, promovido por don B. J. M. S., representado por la procuradora de los tribunales doña María Elena Juanas Fabeiro y asistido por la abogada doña María Nuria Jiménez Barandalla, frente al auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2021 desestimatorio del recurso de queja interpuesto contra el auto de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de junio de 2021, por el que se acordó inadmitir el recurso de casación contra la sentencia de 25 de mayo de 2021 dictada en el recurso de apelación núm. 551-2020 interpuesto frente a la sentencia de 16 de diciembre de 2019 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Madrid en el procedimiento de familia-divorcio contencioso núm. 101-2019. Ha sido parte doña C. P. P., representada por la procuradora doña Susana Escudero Gómez y asistida por el letrado don Antonio Romero de Gracia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en este tribunal el día 23 de diciembre de 2021 la procuradora de los tribunales doña María Elena Juanas Fabeiro, en nombre y representación de don B. J. M. S., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones mencionadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, en síntesis, los que siguen:

a) El 13 de junio de 2019 doña C. P. P., presentó demanda de divorcio frente a don B. J. M. S., dirigida al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 5 de Madrid, en la que

relataba que el demandado había abandonado el domicilio conyugal hacía cinco años y había regresado cuatro meses antes de interponerse la demanda. Durante este último período se había producido un incidente al comunicar doña C. P. P., a don B. J. M. S., que él había recibido una citación judicial de un juzgado de violencia sobre la mujer a raíz de una denuncia efectuada por unos vecinos, incidente que había dado lugar a una intervención policial y a la posterior apertura de las diligencias urgentes de juicio rápido núm. 402-2019, ante el citado Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 5 de Madrid, en cuyo seno se había dictado auto que recogía la existencia de indicios de delitos de maltrato y amenazas. El órgano judicial había dictado orden de protección de doña C. P. P., respecto del investigado y, como medidas de carácter civil, había atribuido la guarda y custodia de las dos hijas menores a la madre, así como el uso del domicilio familiar; y había establecido una pensión de alimentos a cargo del padre y un régimen de visitas en favor de este de fines de semana alternos, dos horas los sábados y dos horas los domingos, con entregas y recogidas a través de un punto de encuentro familiar. Estas medidas tenían una vigencia de treinta días hasta que se instara el procedimiento de familia que correspondiera, razón por la que se interpuso la demanda de divorcio.

La actora continuaba relatando en su demanda que, a la salida del citado juicio rápido, el demandado había sido detenido, al parecer por otro delito, y que se encontraba en prisión provisional, desconociendo la causa que se le imputaba y el tiempo que debía pasar en el centro penitenciario. Y solicitaba que las hijas menores de edad, entonces de once y seis años, quedaran bajo su guarda y custodia y sometidas a su patria potestad, al estar el padre privado de libertad; que se le atribuyera a ella, junto con las menores, el uso y disfrute de la vivienda familiar; y que se estableciera un régimen de visitas en favor del padre, así como su obligación de pagar pensión de alimentos. En particular, y respecto del régimen de visitas, interesó que, una vez que el demandado hubiera abandonado el centro penitenciario, las visitas se restablecieran de forma progresiva en dos fases.

b) El 17 de junio de 2019 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 5 de Madrid dictó auto indicando que las diligencias urgentes-juicio rápido núm. 402-2019 habían sido remitidas por inhibición al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1, por lo que también procedía su inhibición en relación con el procedimiento de divorcio.

Por decreto de 11 de julio de 2019 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Madrid admitió a trámite la demanda, incoando el procedimiento de familia-divorcio contencioso núm. 101-2019. Transcurrido el plazo para comparecer y contestar a la demanda sin haberse personado en el procedimiento, el demandado fue declarado en rebeldía. Posteriormente se personó en el procedimiento, tras serle designados abogado y procurador de oficio. El 12 de diciembre de 2019 se celebró la vista, compareciendo ambas partes y sus respectivos abogados y procuradores, así como el Ministerio Fiscal.

En lo que se refiere al objeto del presente recurso de amparo, debe destacarse que del interrogatorio de ambos progenitores en la vista se desprende que las niñas mantenían una buena relación con su padre, que a la madre no le importaba que el padre viera a sus hijas y que hasta esa fecha no había existido ningún problema entre ellos en relación con las visitas. Ambos coincidieron en declarar que la hija mayor había estado visitando al padre en el centro penitenciario desde su ingreso, añadiendo la madre que la niña tenía una relación muy estrecha con su padre y que no deseaba prohibir dichas visitas porque ella se enfadaba si no le dejaba verle. También manifestaron que la hija menor no había ido a visitar al padre al centro penitenciario en un primer momento porque era muy pequeña; pero, después de un episodio de crisis psicológica que padeció la niña por el hecho de no ver a su padre –motivo, según contó la madre, por el que el colegio la convocó y se derivó a la menor a una psicóloga–, ambos progenitores decidieron que se reanudara el contacto mediante visitas de la hija en la prisión.

A pregunta de la magistrada, el padre informó que estaba ingresado en prisión por un delito de robo en casa habitada.

Tras la práctica de los interrogatorios, el Ministerio Fiscal emitió informe adhiriéndose a lo solicitado por la madre en la demanda, con la única salvedad de que no hubiera visitas mientras el padre estuviera ingresado en prisión por entender que era lo más adecuado para las menores. La abogada de la madre se ratificó en lo solicitado en la demanda. La abogada del padre concluyó su informe refiriéndose a las visitas en el centro penitenciario, solicitando que, en beneficio de las menores, se estableciera un régimen de visitas lo más amplio posible porque, según había manifestado la madre, la hija mayor lo exigía y la pequeña estaba en tratamiento psicológico por haberse visto privada de la relación.

c) El juzgado dictó sentencia el 16 de diciembre de 2019, por la que declaró el divorcio; atribuyó a la demandante la guarda y custodia de las menores y el ejercicio de la patria potestad en exclusiva mientras el demandado estuviere en prisión; concedió el uso y disfrute del domicilio familiar a las hijas menores y, por ende, a su progenitora custodia; impuso una pensión de alimentos a cargo del demandado; y estableció un régimen de visitas progresivo desde la salida de prisión del padre, en los términos solicitados en la demanda.

En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar, el juzgado consideró acreditado que la misma no era propiedad de ninguna de las dos partes, sino de la madre del demandado –que residía en otra vivienda–, quien había consentido que la demandante y sus hijas la ocuparan después de que el demandado abandonara el domicilio familiar para iniciar una relación con una tercera persona. Se declaró probado que la vivienda había constituido el domicilio familiar, en el que habían venido residiendo las menores desde su nacimiento, hecho solo acreditado por el volante de empadronamiento, pues la supuesta propietaria de la vivienda no había sido oída. Por ello, se acordaba atribuir su uso y disfrute a las hijas, junto a la madre custodia, «sin perjuicio de las relaciones que la misma deberá o podrá tener con la/los legítimos titulares de la propiedad y las acciones que esta/os podrán entablar contra aquella y que resultan ajenas a las relaciones familiares que en la presente sentencia se resuelven».

Por otro lado, sobre el régimen de visitas la sentencia argumentó:

«Por lo que respecta al régimen de visitas que procede acordar como derecho-deber del progenitor no custodio respecto de sus hijas menores, la actora propone en su demanda un régimen progresivo en atención a la situación de prisión en la que se encuentra el demandado, el cual, por su parte, conviene reiterar, no ha contestado a la demanda y, por tanto, no ha efectuado alegación ni petición alguna relativa a esta cuestión, debiendo también destacarse cómo en el acto de la vista la parte actora se ratificó en su escrito de demanda sin introducir variación alguna respecto del suplico de la misma.

No obstante, al contestar a las preguntas de interrogatorio la actora manifestó que la hija [N.A.] había comenzado a visitar a su padre en prisión por petición expresa de la propia menor, así como que la más pequeña también había comenzado a realizar visitas a su padre en el centro penitenciario, refiriendo expresamente que ella no se oponía a que dichas visitas se siguieran realizando debido a la buena relación existente entre las niñas y su padre.

Por su parte, el Ministerio Fiscal se opuso al desarrollo de régimen de visitas alguno de las menores con su padre mientras este permanezca en prisión.

Así las cosas, siendo que, como se acaba de indicar el régimen de visitas interesado por la actora en su demanda no preveía su desarrollo durante el cumplimiento de condena de prisión por parte del demandado, lo procedente es establecer como medida definitiva el solicitado en el suplico de la demanda, al velar adecuadamente el interés superior de las hijas menores, su desarrollo social y educativo, así como garantizar el restablecimiento y mantenimiento de las relaciones del demandado con sus hijas menores.

Por todo ello, y sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los padres, en defecto de estos, procede establecer que, una vez don [B.J.M.S.] salga del centro penitenciario tras el cumplimiento de la pena de prisión que actualmente se encuentra

ejecutando, podrá estar con sus hijas menores de acuerdo con los términos interesados por la actora y que han sido reproducidos en el antecedente de hecho primero de la presente resolución.»

d) El demandado interpuso recurso de apelación, alegando en su primer motivo que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los supuestos de viviendas pertenecientes a terceros la solución a los conflictos entre propietario y usuario debía darse desde el punto de vista del derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia. Y concluyó señalando que «[l]a vivienda familiar es propiedad de la madre del señor Moreno, que no es parte de este procedimiento, por lo que se le está provocando grave indefensión con vulneración del artículo 24 de la Constitución, de forma injusta e injustificada mediante este pronunciamiento de la sentencia que afecta gravemente a su derecho de propiedad». En el segundo motivo del recurso se opuso al régimen de visitas establecido en la sentencia al no contemplar ninguna medida durante el tiempo en que el demandado estuviera en prisión. Indicó que en la sentencia se hacía constar que la actora había manifestado que la hija mayor visitaba a su padre en prisión por petición expresa de la propia menor, y que la más pequeña también había comenzado a realizar visitas al centro penitenciario. Destacó que en la vista la actora había afirmado que a la hija mayor no le podía negar las visitas porque no lo iba a admitir, y que a la hija menor el hecho de no ver a su padre le estaba causando problemas psicológicos. La actora también había manifestado, y así constaba en la sentencia, que ella no se oponía a que las visitas se siguieran realizando, dada la buena relación existente entre el padre y las hijas; había sido el Ministerio Fiscal el que se había opuesto al desarrollo del régimen de visitas mientras el padre estuviera en prisión, aunque no había justificado los motivos de dicha negativa. Argumentó que, conforme al artículo 25.2 CE, el recurrente tenía limitada su libertad individual, pero dicha limitación no podía alcanzar a otros extremos como las relaciones paternofiliales, reconociendo dicho precepto el derecho de los reclusos al desarrollo integral de su personalidad. El artículo 94 del Código civil (en adelante, CC) permitía al juez limitar o suspender el derecho de visitas si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejaran o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial, pero la suspensión del régimen de visitas no podía derivarse del mero hecho de encontrarse el padre en prisión, sino de circunstancias que implicaran un peligro real y concreto para la salud física, psíquica o moral del menor. Además, el artículo 160 CC establece que, en caso de privación de libertad de los progenitores, la Administración deberá facilitar el traslado del menor a un centro penitenciario, ya sea por un familiar o por un profesional, que velarán por la preparación del menor a dicha visita. El régimen de visitas solicitado por la actora era absolutamente restrictivo e injustificado y se contradecía con lo manifestado por ella el día de la vista.

Tanto la actora como el Ministerio Fiscal se opusieron a la estimación del recurso.

e) La Sección Vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 25 de mayo de 2021 desestimando el recurso de apelación.

Respecto del uso de la vivienda familiar razonó que había de estarse al derecho de uso que se tenía durante la subsistencia de la convivencia conyugal, si bien ello tampoco concedía a la esposa derechos de los que carecía frente a la propietaria, produciéndose una situación de precario que habría de subsistir en tanto dicha propietaria –y no el esposo– no promoviera el desalojo de la vivienda.

En relación con el régimen de visitas argumentó lo siguiente:

«El régimen de visitas de implantación paulatina y progresiva que se plantea por fases en la sentencia recurrida mientras se mantenga la privación de libertad del padre por cumplimiento en prisión de las penas a las que ha sido condenado es plenamente acorde con el interés superior de las hijas que con arreglo al art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en su nueva redacción introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha de ser valorado y considerado

como primordial en todas las acciones y decisiones que les conciernan, tanto en el ámbito público como privado, primando sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Aun cuando la madre manifieste la buena relación que mantienen las hijas menores con el padre y con independencia de las visitas que puedan haberse llevado a cabo al centro penitenciario y de las comunicaciones que libremente puedan acordar los progenitores, siempre que no perjudiquen el interés de las menores, se considera adecuada la restricción de las visitas que se determina en la sentencia y cuya duración se gradúa conforme vaya transcurriendo el tiempo desde que el padre recupere la libertad, todo ello en aplicación del principio *favor filii*, esto es, el beneficio o interés material y moral de las menores en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, dado que este principio de protección integral de los hijos constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los artículos 92, 96 y 103, entre otros, del Código civil, que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia.»

f) Don B. J. M. S., recurrió la sentencia en casación invocando interés casacional. En el primer motivo alegó que la sentencia era contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre conflictos entre propietario y usuario, y que la sentencia recurrida había dispuesto sobre el uso y disfrute de un bien sin que el legítimo propietario hubiese intervenido en el proceso, lo que había implicado una vulneración del artículo 24 CE. El segundo motivo se refirió al régimen de visitas, que consideraba contrario a la voluntad de las menores, del padre y de la madre, habiendo estimado tanto el Ministerio Fiscal como el juzgado de violencia sobre la mujer actuante y la Audiencia Provincial que la visita de las menores a su padre en prisión era perjudicial sin haber llegado a explorar a las menores, cuyos deseos, sentimientos y opiniones debían haber sido tenidos en cuenta según la normativa aplicable. Se habían vulnerado los artículos 25.2 CE y 94, 158 y 160 CC, así como el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil; y no se había motivado, ni siquiera indiciariamente, que las visitas en prisión pudieran perjudicar a las menores.

El recurso fue inadmitido por la Audiencia Provincial de Madrid mediante auto de 22 de junio de 2021, por apreciar que no cumplía con los requisitos exigidos por el art. 479 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC) ni los criterios establecidos por el Tribunal Supremo. Don B. J. M. S., interpuso recurso de queja, que fue desestimado por auto del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2021.

3. Frente al auto del Tribunal Supremo y a las resoluciones antecedentes interpone don B. J. M. S., el presente recurso de amparo, invocando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en relación con el artículo 33 CE y con los artículos 25.2 y 39 CE.

Alega, en primer lugar, que al atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre como progenitora custodia de las menores, las resoluciones judiciales impugnadas han privado indefinidamente de un inmueble a su propietaria, la abuela paterna, obligando a esta a acudir a un procedimiento de desahucio para recuperar su uso, y ello sin haberle concedido la posibilidad de realizar alegación alguna o proponer prueba en el procedimiento de familia, en el que dicha propietaria no fue citada. Ni siquiera es admisible privar judicialmente a una persona del ejercicio de su derecho de propiedad bajo la justificación del interés superior de las menores, habiéndose vulnerado con ello el artículo 33 CE.

En segundo lugar, aduce que existe una absoluta falta de fundamentación y motivación en las resoluciones recurridas en cuanto a la restricción total del derecho de visitas de las menores a su padre mientras dure su internamiento en el centro penitenciario, habiéndose vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de la familia y de los hijos (art. 39 CE). Argumenta que se ha resuelto en contra del

artículo 94 CC; de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil; de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

Considera que, con arreglo a dichas normas –en particular, con arreglo al art. 94 CC–, el progenitor no custodio tiene derecho a visitar, comunicarse y tener en su compañía a los hijos menores, no pudiendo restringirse este derecho por el solo hecho de estar internado en un centro penitenciario sin justificar que exista un peligro real y concreto para la salud física, psíquica o moral del menor. En este caso no se demostró, ni por el Ministerio Fiscal ni por los órganos judiciales, que existiera perjuicio alguno para las menores que aconsejase la interrupción del régimen de visitas al padre que las menores venían realizando al centro penitenciario. Destaca que no cumple condena por ningún delito relacionado con violencia de género; que durante el procedimiento no se recabó informe psicosocial alguno que motivase la no conveniencia de las visitas de las menores al padre, con el que mantenían una buena relación; que tampoco hubo oposición por parte de la madre, que en el acto de la vista se mostró favorable a las visitas; y que la decisión judicial es contraria a la voluntad de las menores. Concluye que todo lo anterior ha causado una limitación grave e injustificada tanto de los derechos de las menores como del padre.

Como causa de especial trascendencia constitucional alega, entre otras, que el recurso plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y permite al tribunal pronunciarse sobre la motivación con arreglo al interés superior del menor en los casos en los que uno de los progenitores se encuentra internado en un centro penitenciario y sus hijos menores desean mantener con él un régimen de visitas (arts. 24.1, 25.2 y 39 CE).

4. Por providencia de 28 de noviembre de 2022 la Sección Cuarta admitió a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC)] por dos motivos: primero, el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.b)]; y segundo, el asunto trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2.g)]. Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, se ordenó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a fin de que remitiera certificación de las actuaciones correspondientes al recurso de queja núm. 202-2021. La admisión del recurso se comunicó a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid; las actuaciones habían sido remitidas con anterioridad. Y se dirigió comunicación al Juzgado de Violencia sobre Mujer núm. 1 de Madrid para que emplazara a quienes hubieran sido parte, excepto a la recurrente en amparo, a fin de que pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. El 7 de marzo de 2023 tuvo entrada en este tribunal escrito de alegaciones presentado por la procuradora doña Susana Escudero Gómez en representación de doña C.P.P., solicitando la inadmisión del recurso «por inexistencia de interés constitucional y carencia manifiesta de fundamento». Considera que las resoluciones judiciales impugnadas han sido debidamente motivadas, especialmente la del juzgado, pues permiten conocer cuáles han sido los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho en los que se ha basado el fallo; parte dispositiva que considera ajustada a Derecho en todos y cada uno de sus diferentes extremos.

6. El 21 de marzo de 2023 presentó escrito de alegaciones el recurrente, reproduciendo, en esencia, los hechos y los fundamentos jurídicos de su recurso.

7. La fiscal formuló sus alegaciones en escrito presentado el 18 de abril de 2023, interesando la inadmisión del recurso respecto del motivo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar y la estimación del motivo referido al régimen de visitas.

Tras exponer los antecedentes del caso, analiza la concurrencia de los presupuestos procesales para la viabilidad del recurso, considerando que concurren todos menos el de la legitimación activa del recurrente para denunciar la vulneración del artículo 24.1 CE en relación con el primer motivo de amparo. Después de invocar la doctrina de este tribunal sobre la legitimación para recurrir en amparo, destaca que lo que el recurrente alega es que el inmueble que había venido constituyendo el domicilio familiar es propiedad de su madre, que no ha sido citada al juicio y a la que no se le ha permitido proponer prueba, por lo que se le ha causado indefensión con infracción del artículo 24.1 CE, y se ha limitado judicialmente su derecho de propiedad con infracción del artículo 33 CE. Planteada la cuestión en esos términos, el recurrente, pese a haber sido parte en el proceso judicial previo, no está alegando un interés particular en defender su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho que correspondería ejercitarlo a su madre. No está alegando la existencia de un derecho preferente para que se le adjudique a él el uso de la vivienda, por lo que, a juicio de la fiscal, no acredita qué interés cualificado y específico concurre para esgrimir este primer motivo de amparo, que debe ser inadmitido.

En relación con el segundo motivo de amparo, referido a la supresión de las visitas de las menores a su padre mientras esté internado en un centro penitenciario, destaca la fiscal lo dispuesto en los artículos 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, que garantizan el prevalente interés superior del menor en las decisiones que les afecten y su derecho a ser oído. Dado que el procedimiento de origen es un procedimiento de divorcio, se refiere también al artículo 91.1 CC y, especialmente, al artículo 94 CC, destacando que en el momento en que se dictaron las sentencias de primera instancia y apelación estaba vigente la redacción anterior a la reforma de este último precepto efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En dicho momento, tal y como se invoca por el recurrente, el artículo 94 CC establecía que el derecho de visitas, comunicaciones y estancia del progenitor no custodio respecto de los hijos menores se podía «limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Por otro lado, el artículo 160 CC prevé, bajo ciertos requisitos, el derecho de visitas de los hijos en caso de que uno de los progenitores esté privado de libertad.

Por lo que se refiere a la doctrina constitucional, la fiscal invoca la que establece que las resoluciones judiciales que afecten a la esfera de los menores de edad han de cumplir un canon reforzado de motivación y regirse por el principio del interés superior del menor, doctrina que tiene particularmente en cuenta los convenios internacionales a los que apela el artículo 39.4 CE y que hacen especial referencia al derecho de audiencia al menor. También se refiere a la doctrina establecida por este tribunal en relación con el derecho de las personas condenadas a pena de prisión a gozar de sus derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, garantizado en el artículo 25.2 CE.

Aplicando dicha normativa y doctrina constitucional, señala la fiscal que se plantean dos cuestiones; la primera, la adopción de una resolución que afecta indiscutiblemente a la esfera de las hijas menores sin haberles dado audiencia en el procedimiento, pese a que la mayor de ellas contaba ya once años. La falta de audiencia contraviene la doctrina constitucional y el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, y no ha sido objeto de una mínima justificación por parte del órgano judicial.

La segunda cuestión es que no se ha cumplido el canon reforzado de motivación que deben superar las resoluciones judiciales que afecten a menores. Advierte la fiscal que la sentencia del juzgado de violencia sobre la mujer no indica el criterio que le ha llevado a establecer que privar del derecho de visitas durante el período de cumplimiento de la pena privativa de libertad del padre es lo más adecuado para salvaguardar el superior interés de las menores, ni explicita el juicio de ponderación entre los valores en liza para

hacer efectiva la exigencia de proporcionalidad de la decisión, limitándose a hacer una genérica referencia a que con ello se «vela adecuadamente el interés superior de las hijas». Estas deficiencias, añade, no han sido reparadas por la audiencia provincial, que no tuvo en cuenta la falta de audiencia a las menores ni tampoco efectuó un mayor esfuerzo argumental que el de la sentencia de instancia.

Por todo ello, concluye que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con la protección del interés superior del menor garantizado en el art. 39 CE, por falta de audiencia a las hijas y por carecer las resoluciones judiciales de una adecuada motivación.

Por el contrario, la fiscal considera que las sentencias sí están suficientemente motivadas en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre y las hijas, lo que invoca para el caso de que se desestimara el óbice de falta de legitimación activa antes apuntado.

8. Por providencia de 4 de abril de 2024 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 8 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones de las partes.

a) El objeto de controversia de este proceso constitucional afecta a dos menores de edad. Para preservar su anonimato se acuerda identificarlas en esta resolución por sus iniciales, tanto a ellas como a sus padres (art. 86.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Acuerdo del Pleno del Tribunal de 23 de julio de 2015, que regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales, «Boletín Oficial del Estado» núm. 178, de 27 de julio de 2015).

b) La demanda de amparo se dirige contra las resoluciones reflejadas en el encabezamiento de esta sentencia. En un primer motivo alega que las sentencias dictadas en proceso de divorcio contencioso, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Madrid y por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE), al atribuir a las hijas menores y a la madre custodia el uso de la vivienda que constituía el domicilio familiar, cuya propiedad pertenecía a la abuela paterna de las menores, que no fue llamada al proceso ni tuvo oportunidad de efectuar alegaciones ni de proponer prueba. En un segundo motivo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el artículo 39 CE y con el artículo 25.2 CE, por haber acordado la privación del derecho de visitas de las hijas al padre mientras este se encontrara en prisión cumpliendo condena por delito, que no consta sea de violencia de género o doméstica, en contra de la voluntad de las menores y de ambos padres, sin cumplir con los requisitos de motivación exigidos por la doctrina constitucional.

La madre de las menores solicita la inadmisión a trámite del recurso por inexistencia de interés constitucional y por falta manifiesta de fundamento.

El Ministerio Fiscal interesa la inadmisión del primer motivo de amparo por ausencia de legitimación activa del recurrente, al invocar la defensa del interés de un tercero y no de un interés propio, específico y concreto. Por el contrario, solicita la estimación del segundo motivo de amparo por considerar que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en relación con la protección del interés superior del menor garantizado en el artículo 39 CE, por falta de audiencia a las hijas y por carecer las resoluciones judiciales de una adecuada motivación.

2. Examen de la admisibilidad del recurso de amparo.

Antes de examinar las quejas que se formulan en la demanda de amparo resulta obligado abordar las objeciones que sobre la admisibilidad del recurso plantean doña

C.P.P., y el Ministerio Fiscal. Un análisis procedente en este momento procesal porque, según este tribunal ha declarado repetidamente, «los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados por que la demanda haya sido inicialmente admitida, de modo que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción [de amparo] puede siempre abordarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, pudiendo dar lugar a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos, sin que a ello sea obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el artículo 53 LOTC» (STC 77/2023, de 20 de junio, FJ 2, y doctrina allí citada).

a) En el suplico del escrito de alegaciones presentado por la representación procesal de doña C. P. P., se interesa que se acuerde la inadmisión del recurso de amparo «por inexistencia de interés constitucional y carencia manifiesta de fundamento, a tenor de lo establecido en los artículos 50.1 y 49.1 de la LOTC». Ninguna de estas objeciones puede ser acogida.

En la providencia de 28 de noviembre de 2022 se indicó que concurre una especial trascendencia constitucional porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2.b)]; y porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2.g)]. Conforme a una jurisprudencia constitucional reiterada, esta exigencia de admisibilidad, que no es de carácter procesal sino referida al fondo del asunto, es apreciada por el Tribunal en cada caso en el momento de admitir a trámite el recurso de amparo, de acuerdo con lo exigido por el artículo 50.1 LOTC, sin que sea susceptible de reconsideración en el momento de la sentencia (STC 116/2023, de 25 de septiembre, FJ 2).

En cualquier caso, con el fin de exponer las razones por las que se consideró que concurre la especial trascendencia constitucional del recurso y de hacer reconocibles los criterios de aplicación empleados al respecto (STC 40/2022, de 21 de marzo, FJ 2), debe indicarse que este recurso permite al Tribunal poner en relación su doctrina sobre el deber de motivación reforzada en todas las decisiones que afecten a menores de edad, lo que exige tener siempre como criterio decisor el principio del interés superior del menor (arts. 24.1 y 39 CE), con la previsión constitucional del artículo 25.2 CE, conforme al cual, el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, teniendo en todo caso derecho al desarrollo integral de su personalidad.

Por otro lado, aunque doña C.P.P., interesa también la inadmisión del recurso «por carencia manifiesta de fundamento», la argumentación jurídica contenida en el cuerpo del escrito se limita a alegar que las resoluciones impugnadas satisfacen adecuadamente el canon constitucional de motivación, alegaciones que habrán de ser examinadas por este tribunal al realizar el análisis del fondo del asunto a los efectos de resolver sobre la estimación o la desestimación del recurso, no apreciándose motivo que justifique la inadmisión del recurso por la causa alegada. Como recuerda el ATC 31/2023, de 7 de febrero, FJ 3, entre muchos otros, este tribunal «ha declarado reiteradamente que en el trámite de admisión del recurso de amparo debe examinarse el carácter verosímil o aparente de la hipotética lesión del derecho fundamental alegada en la demanda de amparo [...]. Por ello, cuando los magistrados y magistradas constitucionales se pronuncian sobre la admisibilidad o no de un recurso de amparo determinan, entre otros extremos, si la lesión del derecho aducida en la demanda de amparo es descartable o no –; ya sea para decidir su admisión –como ha sucedido con el presente recurso de amparo– o su inadmisión».

b) Diferente respuesta ha de darse a la causa de inadmisión de falta de legitimación activa invocada por el Ministerio Fiscal, limitada al primero de los motivos del recurso de amparo, en el que el demandante alega que, al atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre como progenitora custodia de las menores, las resoluciones judiciales han privado

indefinidamente de un inmueble a su propietaria, la abuela paterna, obligándola a acudir a un procedimiento de desahucio para recuperar su uso, sin haberle concedido la posibilidad de realizar alegación alguna o de proponer prueba en el procedimiento de familia, en el que no fue citada.

Invoca con acierto la fiscal la doctrina establecida, entre otras, en la STC 57/2014, de 5 de mayo, FJ 3, que establece que «[c]onstituye doctrina reiterada de este tribunal, a partir de una lectura sistemática e integradora de los artículos 161.1.b) CE y 46.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que para que concurra legitimación activa no es suficiente con haber sido parte en los distintos procedimientos que conforman la vía previa al amparo constitucional (SSTC 257/1988, de 22 de diciembre, FJ 3; 47/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 92/1997, de 8 de mayo, FJ 1; 84/2000, de 27 de marzo, FJ 1, y 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 1), sino que es preciso que el demandante acredite un interés legítimo en el asunto que ha de ventilarse, sin que pueda confundirse dicho interés con un "interés genérico en la preservación de derechos"; debiendo ser, por el contrario, un "interés cualificado y específico" en la preservación de los derechos fundamentales cuya tutela se impetra (SSTC 148/1993, de 29 de abril, FJ 2, y 144/2000, de 29 de mayo, FJ 5)».

En el caso que se examina, don B. J. M. S., alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE). Del razonamiento del recurrente se desprende que la vertiente del artículo 24.1 CE que se vería afectada es la del derecho de acceso al proceso para poder ejercer el derecho de defensa, formular alegaciones y proponer prueba sin sufrir indefensión. Pero se trata de un derecho fundamental del que él no es titular, sino su madre, propietaria del inmueble que no fue llamada al proceso y que, al parecer, consintió que la familia habitara la vivienda. El recurrente sí tuvo acceso al proceso; se colocó en un principio en situación de rebeldía procesal; compareció posteriormente y tuvo plena intervención en el juicio y en todos los actos e instancias posteriores; y, como destaca la fiscal, no está alegando un derecho preferente para que se le adjudicara a él el uso de la vivienda, por lo que no ha acreditado un interés cualificado y específico para esgrimir este primer motivo de amparo.

Por todo ello, procede acordar la inadmisión a trámite del recurso interpuesto por don B. J. M. S., en lo referido a este motivo.

3. Doctrina constitucional aplicable.

El objeto del proceso queda limitado a determinar si las resoluciones judiciales han respetado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, en su vertiente de derecho a una resolución motivada, al no autorizar visita alguna de sus hijas menores de edad durante el tiempo en el que hubiera de permanecer en prisión. El adecuado análisis del asunto exige tener presente tanto la doctrina que este tribunal tiene establecida sobre el interés superior del menor como principio constitucional y el deber de motivación reforzada de las resoluciones judiciales que le conciernen, como la específica doctrina relativa al régimen de visitas y comunicación con los menores.

a) El interés superior del menor como principio constitucional y el deber de motivación reforzada. En la STC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, recordamos, con cita de numerosos pronunciamientos de este tribunal, «la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 CE y atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público (STC 141/2000, FJ 5). Deben procurararlo, incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2, y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2). Hemos advertido en todas aquellas ocasiones en las que se nos ha planteado una posible lesión del derecho fundamental de un menor, que su interés superior "inherente a algunas de las previsiones del artículo 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para

motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales" (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7)».

Señalamos también entonces que para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. [...] La decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es de nuestra incumbencia examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (STC 221/2002, FJ 4, y ATC 28/2001, de 1 de febrero). Porque, una vez más hemos de subrayar que "el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional"».

Es importante destacar que «justificar debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (art. 39 CE), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 5)» (SSTC 178/2020, FJ 3, y 2/2024, de 15 de enero, FJ 2).

Entre los valores y derechos en liza que el órgano judicial ha de incluir en su juicio de ponderación se encuentran los deseos, sentimientos y opiniones del menor. La STC 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3, a la que nos remitimos, analizaba las disposiciones internacionales y nacionales que tratan de garantizar la participación de las personas menores de edad en los procedimientos que les afecten, en función de su edad y madurez, así como que su opinión, libremente expresada, sea tenida en cuenta en la ponderación de lo que debe considerarse en cada caso como interés superior del menor. En línea con las disposiciones internacionales que regulan la materia, el artículo 2.2.b) de la Ley Orgánica 1/1996 establece entre esos criterios generales «[l]a consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior». El artículo 9, por su parte, regula en detalle el derecho del menor a ser oído y escuchado, que forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5), y que se integra en el contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Como indicamos en la STC 5/2023, FJ 3.C), el derecho del menor a ser oído y escuchado forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5), existiendo una estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado, que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (art. 24.1 y 2 CE).

b) Doctrina constitucional sobre el régimen de visitas. El fundamento jurídico 2 de la STC 106/2022, de 13 de septiembre, expone de manera extensa nuestra doctrina sobre el derecho de visitas, comunicaciones y estancias de los menores con el progenitor que no los tenga consigo, subrayando la dimensión constitucional del derecho desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). «En consecuencia, tanto la regulación del régimen de estancias, comunicaciones y visitas, exista o no acuerdo parental, como su aplicación por los órganos judiciales y por los poderes públicos, deben estar presididas por la protección del interés superior del menor», que «opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al

desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada».

La mencionada STC 106/2022 desestimó un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 2, apartados décimo y decimonoveno, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; ley que había modificado el artículo 94 CC, introduciendo un nuevo párrafo cuarto referido al régimen de visitas o estancias respecto de un progenitor incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, o cuando la autoridad judicial advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

En ese contexto, indicamos en el fundamento jurídico 3 de esa sentencia que cuando del interés del menor se trata debería huirse de decisiones regladas o uniformes, porque no todos los delitos tienen la misma relevancia y alcance sobre la relación paterno o materno filial, sino que serán las concretas circunstancias del caso, la gravedad y naturaleza del delito cometido, la culpabilidad del autor, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, entre otras, las que revelarán si en interés de la persona menor deben suspenderse de modo absoluto las relaciones con alguno de los progenitores o con ambos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se citaban entonces los asuntos *Gnahoré c. Francia*, § 59, y *Jansen c. Noruega*, § 88 a 93 (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000 y de 6 de septiembre de 2018), ha considerado que solo excepcionalmente estaría justificado el cese absoluto de dichas relaciones en casos cuya gravedad o especial naturaleza o circunstancias concurrentes lo aconsejaren. Y, seguía la sentencia citada, entre otras circunstancias, deberán tomarse en consideración al establecer el régimen de visitas, comunicaciones y estancias las consecuencias irremediables que el transcurso del tiempo puede tener para las relaciones entre el hijo y el padre que no vive con él, la obligación de adoptar medidas eficaces y razonables para proteger a los menores de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal y el derecho de todo niño a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre.

4. Aplicación al caso de la doctrina constitucional.

a) En el caso que se analiza el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Madrid, en el seno de un procedimiento de divorcio, dictó sentencia decretando la disolución del matrimonio y estableciendo una serie de medidas de carácter personal y patrimonial al amparo de lo dispuesto en los artículos 91 y siguientes CC. En particular, el régimen de visitas que establece la sentencia es el solicitado por la madre custodia, que no preveía contacto alguno mientras el padre estuviera en prisión, fijando un régimen progresivo de visitas una vez se produjera la libertad del padre.

La sentencia comienza su razonamiento afirmando que el demandado «no ha contestado a la demanda y, por tanto, no ha efectuado alegación ni petición alguna relativa a esta cuestión, debiendo también destacarse cómo en el acto de la vista la parte actora se ratificó en su escrito de demanda sin introducir variación alguna respecto del suplico de la misma». Solo de tal circunstancia, unida al hecho de que «el Ministerio Fiscal se opuso al desarrollo de régimen de visitas alguno de las menores con su padre mientras este permanezca en prisión», colige la sentencia que «lo procedente es establecer como medida definitiva el solicitado en el suplico de la demanda, al velar adecuadamente el interés superior de las hijas menores, su desarrollo social y educativo, así como garantizar el restablecimiento y mantenimiento de las relaciones del demandado con sus hijas menores», todo ello «sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los padres».

A la vista de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, debemos concluir que la fundamentación ofrecida por el juzgado no satisface el canon reforzado de motivación a que están sujetas las resoluciones judiciales que resuelven sobre controversias que afectan a menores.

En primer lugar, la sentencia se ampara en un criterio formalista basado en el hecho de que el padre no hubiera contestado a la demanda y la madre no hubiera modificado el suplico de su escrito inicial en el acto de la vista. Dicho criterio no puede justificar desde criterios de racionalidad la privación radical de relación entre el padre y las hijas menores. Por otro lado, la personación del demandado en rebeldía constituye un acto procesal amparado en Derecho y la declaración de rebeldía no implica reconocimiento de los hechos, ni allanamiento ni conformidad con la pretensión de la parte actora. El argumento ofrecido por el órgano judicial ha de considerarse insuficiente para fundar la decisión de privar al demandado del derecho a tener comunicación con sus hijas.

En segundo lugar, la afirmación de que el régimen propuesto por la madre permite «velar adecuadamente por el interés superior de las hijas menores, su desarrollo social y educativo, así como garantizar el restablecimiento y mantenimiento de las relaciones del demandado con sus hijas menores», es una simple afirmación que no explicita en modo alguno los criterios que han llevado a la juzgadora a considerar que, en este caso concreto, la privación del derecho de visitas durante el periodo en el que el padre esté cumpliendo pena privativa de libertad es lo más adecuado para salvaguardar el interés superior de las menores. Tampoco se dice qué razones aconsejan impedir todo contacto entre el padre y las hijas, en qué beneficia a las menores dicha privación de las visitas. En definitiva, una motivación apodéctica.

La sentencia cuestionada no indica que las visitas de las hijas al padre en el centro penitenciario, sin oposición de la madre, les hayan causado algún perjuicio. Ni cuál es la razón por la que se decide contra ese precedente, que parece expresar el deseo de las hijas menores. Tampoco la sentencia establece hechos relevantes para el juicio de racionalidad, como el título delictivo por el que el padre está ingresado en prisión (pese a que este declaró en la vista, a preguntas de la magistrada-juez, que lo estaba por un robo en casa habitada), ni si se trata de prisión preventiva o cumple condena, ni cuál sea la duración, en su caso, de la pena impuesta, lo que podría dar lugar a una mayor o menor interrupción de la relación afectiva. Tampoco se refleja cuál sea la voluntad de las menores al respecto, y ello pese a consignarse en la sentencia que las visitas se habían venido realizando por petición expresa de las hijas y que, conforme manifestó la madre en la vista, el padre tenía buena relación con ellas. Tampoco se ha motivado por qué no se ha dado audiencia a las menores, en contra de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, especialmente teniendo en cuenta que una de ellas tenía ya once años. Esta falta de audiencia ha motivado que el órgano judicial no haya podido conocer de forma directa e inmediata las opiniones y deseos de las menores, ni tenerlas en cuenta como criterio a ponderar a la hora de decidir y motivar el sentido de su resolución.

La falta de audiencia al menor está indisolublemente unida al deber de motivación reforzada, y viene a reforzar la insuficiencia de justificación de la decisión sobre el régimen de visitas en que incurren las sentencias impugnadas. Escuchar a la persona menor permite al órgano judicial conocer sus deseos, sentimientos y opiniones, que el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 incluye entre los criterios y elementos generales que han de tenerse en cuenta en la ponderación de qué deba entenderse, en cada caso, como interés superior del menor, y que han de ser valorados conjuntamente, al desarrollar el juicio de proporcionalidad estricta, de forma que la medida que se adopte en favor de dicho interés superior no sacrifique con mayor intensidad el derecho fundamental concernido que el beneficio que se obtenga con la restricción. El apartado 5.d) de este artículo 2 señala expresamente que la decisión debe incluir en su motivación «los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas». Entre dichos criterios se encuentran «[l]a consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor» [art. 2.2.b)], «[l]a edad y madurez del menor» [art. 2.3.a)], «[e]l

irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo» [art. 2.3.c)],» [I]a conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia», debiendo priorizarse «la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor» [art. 2.2.c)] y «[a]quellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores» [art. 2.3.f)]. Nada de todo ello se ha reflejado en la sentencia del juzgado de violencia sobre la mujer.

La insuficiente motivación del juzgado no fue subsanada por la sentencia de 25 de mayo de 2021 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que incurre en los mismos defectos argumentativos de la sentencia de instancia y se limita a afirmar, sin desarrollo argumental alguno, que «[e]l régimen de visitas de implantación paulatina y progresiva que se plantea por fases en la sentencia recurrida mientras se mantenga la privación de libertad del padre por cumplimiento en prisión de las penas a las que ha sido condenado es plenamente acorde con el interés superior de las hijas», y que, aun cuando la madre manifieste la buena relación existente entre las hijas y el padre y con independencia de las visitas que puedan haberse llevado a cabo ya en el centro penitenciario y de los acuerdos a los que puedan llegar los padres, «se considera adecuada la restricción de las visitas que se determina en la sentencia [...], todo ello en aplicación del principio *favor filii*, esto es, el beneficio o interés material y moral de las menores en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, dado que este principio de protección integral de los hijos constituye un criterio teleológico de interpretación normativa [...] que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia».

La invocación del *favor filii* que realiza la resolución impugnada carece de contenido, pues no explicita el motivo por el cual entiende que es beneficioso para las menores alterar el régimen de contacto con su padre. Régimen que se ha desarrollado por su propia voluntad desde el ingreso en prisión del demandante de amparo y que, según consta en autos, no solo era el deseado por los progenitores sino, lo que es más importante, era el reclamado por las niñas. En este sentido, debemos reiterar que el principio del interés superior del menor es un mandato constitucional ex art. 39 CE, que obliga a todos los poderes públicos a decidir dando prioridad al mejor y mayor bienestar, tanto material como emocional, de las menores. Los órganos judiciales debieron, por tanto, razonar acerca del mayor beneficio que para las menores implicaba interrumpir la relación hasta entonces mantenida con su padre mientras se encontrase en prisión, y justificar que ese contacto les había causado perjuicio o su mantenimiento pudiera causarlo. Porque es un deber inherente al principio de promoción del beneficio de los hijos y de las hijas menores asegurar que se minimizan los riesgos que cualquier cambio material o emocional pudieran ocasionar en su personalidad o en su desarrollo futuro.

Las sentencias del juzgado de violencia sobre la mujer y de la Audiencia Provincial hacen depender la única posibilidad de que las menores puedan visitar a su padre en prisión de un posible acuerdo entre ambos progenitores, acuerdo que no ha llegado a existir, como resulta de la oposición de la madre a los sucesivos recursos del padre. Sin embargo, según el artículo 91 CC corresponde a la autoridad judicial fijar en la sentencia de divorcio las medidas en relación con los hijos cuando no haya acuerdo entre los cónyuges o en caso de que no proceda aprobar dicho acuerdo. De cualquier manera, la facultad que las resoluciones impugnadas reconocen a los progenitores para decidir de común acuerdo el régimen de visitas resulta incongruente, habida cuenta de que se afirma, por un lado, que el interés de las menores pasa por interrumpir de manera drástica la relación que venían manteniendo regularmente con su padre en prisión y, por el otro, se autoriza que un acuerdo entre los progenitores pudiera reanudar dicho contacto. Se trata de una propuesta irrazonable, pues o bien el mantenimiento del régimen de visitas de las hijas al padre era beneficioso para las menores o bien ha de reputarse perjudicial, pero no resulta lógico que el beneficio o perjuicio dependa de la voluntad o del acuerdo de los progenitores. Debemos hacer hincapié en que el interés superior del menor es un concepto autónomo e independiente del interés de los padres,

que no debe necesariamente coincidir y que tiene siempre prioridad sobre las preferencias personales de aquellos.

Los posteriores autos de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo limitan su contenido a la inadmisión del recurso de casación por razones procesales.

b) Como consecuencia de esa insuficiente motivación las dos sentencias impugnadas han considerado la situación de prisión del padre no custodio como causa automática de privación del derecho de visitas, en contradicción con la normativa aplicable en el momento en que fueron dictadas, pues en aquella fecha aún estaba vigente la redacción del artículo 94 CC anterior a la reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Ahora el precepto, en su párrafo cuarto, dice que «[n]o procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género». Aunque la competencia era retenida por el órgano judicial especializado en violencia de género, la sentencia de divorcio introduce elemento alguno de juicio sobre la existencia de un contexto de violencia que pudiera afectar a las relaciones paternofiliales y al régimen de visitas.

En la redacción anterior el artículo 94 CC establecía lo siguiente: «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Por otro lado, el artículo 160 CC (cuya redacción no ha variado) es del siguiente tenor: «1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la entidad pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor».

Al identificar como razón para privar al demandante del derecho de visitas su condición de recluso en un establecimiento penitenciario, se desconocen las citadas previsiones legales sobre el régimen de visitas aplicables al caso, ya que no solo no contemplan como presupuesto para restringir el derecho de visita la mera situación de prisión del progenitor no custodio (art. 94 CC), sino que disponen expresamente que la administración debe colaborar para hacer posible que los menores puedan relacionarse con sus progenitores, por supuesto, si así lo recomienda su superior interés y en las mejores condiciones para su salvaguarda (art. 160 CC).

c) En este punto debemos recordar, porque ha sido planteado como motivo por el recurrente, que el artículo 25.2 CE establece que las «penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social», que el «condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria» y que el interno tiene derecho «al desarrollo integral de su personalidad».

En concordancia con esas previsiones, el artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre) dispone que «[l]a actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena» y el art. 3 del Reglamento penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de

febrero) recoge como principio definitorio del estatuto jurídico de los internos que sus derechos «solo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes» y como criterio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad «la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas».

En línea con el marco normativo reseñado se hallan asimismo las directrices y estándares mínimos que establecen las reglas penitenciarias europeas (Recomendación Rec(2006)2-rev del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas penitenciarias europeas, adoptadas por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 y revisadas el 1 de julio de 2020), elaboradas a la luz del Convenio europeo de derechos humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ellas se recogen como principios fundamentales que: «2. Las personas privadas de libertad conservan todos aquellos derechos que por ley no les hayan sido retirados por la decisión que los condena a una pena de prisión o a una detención preventiva»; «3. Las restricciones que se impongan a las personas privadas de libertad se reducirán a las estrictamente necesarias y serán proporcionales a los objetivos legítimos por los que se han impuesto»; «5. La vida en la prisión se ajustará tanto como sea posible a los aspectos positivos de la vida fuera de la prisión; y «6. Toda detención se llevará a cabo de manera que facilite la reinserción en la sociedad libre de las personas privadas de libertad».

Ya en la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, subrayamos que los internos «conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo "respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena" (art. 3 LOGP)». Estas consideraciones, realizadas con ocasión de la actuación inherente de la administración penitenciaria son trasladables a las decisiones de otros poderes públicos, igualmente vinculados por el artículo 25.2 CE, y el principio tantas veces reiterado por este tribunal de que la esfera jurídica del ciudadano preso –ya tan limitada– no se puede restringir o menoscabar de forma innecesaria, inadecuada o excesiva, lo que obliga a una motivación que así lo ponga de relieve (STC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 5, por todas).

Frente a estas previsiones y exigencias, las sentencias impugnadas justifican la privación de visitas por el solo dato de la situación de prisión en que se halla el recurrente, sin apoyo en un precepto legal específico o en el contenido de la condena o en una exigencia derivada del sentido de la pena que avale tal restricción. En particular, las resoluciones judiciales carecen de toda consideración sobre la incidencia de la circunstancia de estar en prisión (u otras relacionadas con el delito que le dio origen) en la relación paternofamiliar y, en definitiva, en el contenido del valor prevalente del interés de las menores. Se limitan a motivar la decisión, como ya se ha indicado, con una llamada al principio *favor filii* que carece de todo desarrollo que fundamente la bondad de la medida desde tal parámetro, sin que pueda admitirse que la genérica situación de estar preso, sin ulterior precisión o mínima atención circunstanciada, sea reveladora de la necesidad de suspender las visitas en interés de las menores.

La ausencia de valoración de las circunstancias concurrentes que muestran las sentencias recurridas desconoce no solo la imprescindible atención al superior interés de las menores concernidas que impone el artículo 39 CE, sino también la necesidad de justificar la medida restrictiva del derecho de visitas del recurrente, que no viene determinada por el fallo condenatorio, el sentido de la pena o la ley penitenciaria (o cualquier otra ley), limita su derecho como interno al desarrollo integral de su

personalidad y desconoce la importancia del mantenimiento de los vínculos familiares para hacer posible la orientación resocializadora (o, al menos, no desocializadora) de la pena de prisión que impone el artículo 25.2 CE.

d) De todo lo anterior se concluye que, aun cuando la sentencia de primera instancia fue dictada por un juzgado de violencia sobre la mujer, de los artículos 94 (en la redacción anterior a la reforma de 2021) y 160 CC no se desprendía que fuera posible considerar la situación de ingreso en prisión del padre como causa de privación del derecho de visitas, constituyendo una inferencia carente de racionalidad. Tal privación debió ser objeto de una motivación que, ponderando las distintas circunstancias del caso, explicitara los criterios que llevaron al órgano judicial a concluir que dicha medida era necesaria y proporcionada para proteger el concreto interés superior de las hijas, que, en atención a las circunstancias normativas y fácticas concurrentes, no puede identificarse con la evitación de visitas al padre por el mero hecho de estar recluido en prisión.

5. Estimación y efectos del recurso de amparo.

De acuerdo con las consideraciones desarrolladas en el fundamento anterior, procede el otorgamiento del amparo, con reconocimiento de la vulneración del derecho fundamental a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE) en relación con los artículos 39 y 25.2 CE. El restablecimiento en el derecho vulnerado conlleva la declaración de nulidad de las resoluciones cuestionadas en el extremo referido al régimen de visitas entre el recurrente y sus hijas menores: la sentencia de 16 de diciembre de 2019 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Madrid, la sentencia de 25 de mayo de 2021 y el auto de 22 de junio de 2021 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, y el auto de 24 de noviembre de 2021 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Visto el tiempo transcurrido desde que se dictaron las sentencias impugnadas, resulta plausible que las circunstancias relevantes para resolver sobre el régimen de visitas hayan cambiado y resulte necesaria la práctica de alguna diligencia complementaria que permita al órgano judicial obtener y verificar toda la información precisa para asegurarse de que la decisión que acuerde resulte beneficiosa para las menores, como hemos apreciado en otras ocasiones (STC 178/2020, FJ 3). Por ello, se acuerda la retroacción de las actuaciones del procedimiento al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia de 16 de diciembre de 2019 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Madrid, para que el órgano judicial, tras la práctica de las nuevas diligencias, si así lo estima necesario, y en atención a las circunstancias concurrentes, pronuncie otra nueva que, con observancia del derecho fundamental del recurrente, respete los requisitos de motivación reforzada en interés superior de las menores con arreglo a los criterios establecidos en esta sentencia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por don B. J. M. S., y, en consecuencia:

1.º Inadmitir el primer motivo de amparo referido a la vulneración del artículo 24.1 CE en relación con el artículo 33 CE, atinente al pronunciamiento de las resoluciones judiciales impugnadas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, por falta de legitimación activa del recurrente.

2.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de la familia y de los hijos (art. 39 CE) y el estatuto constitucional de los derechos del condenado que esté cumpliendo pena de prisión (art. 25.2 CE).

3.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad en el extremo referido al régimen de visitas de la sentencia de 16 de diciembre de 2019 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Madrid, de la sentencia de 25 de mayo de 2021 y del auto de 22 de junio de 2021 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, y del auto de 24 de noviembre de 2021 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

4.º Retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de dichas resoluciones, para que el órgano judicial dicte nueva resolución en relación con el régimen de visitas que sea respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a ocho de abril de dos mil veinticuatro.—Inmaculada Montalbán Huertas.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—César Tolosa Tribiño.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.