SENTENCIA 145/2024, de 2 de diciembre (BOE núm. 5, de 06 de enero de 2025)

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. 7684-2021, promovido por doña V.F.C., representada por la procuradora de los tribunales doña Estrella Moyano Cabrera y bajo la asistencia letrada de doña María del Rosario Cañete Aguado, contra los autos de 2 de abril y de 18 de junio de 2020, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián, y contra los autos de 6 de mayo y de 15 de octubre de 2021, este último con núm. 147/2021, de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, todos ellos en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 53-2017. Ha sido ponente la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 2 de diciembre de 2021, la procuradora de los tribunales doña Estrella Moyano Cabrera, en nombre y representación de doña V.F.C., bajo la asistencia letrada de doña María del Rosario Cañete Aguado, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento de esta sentencia.

2. Los antecedentes procesales relevantes para resolver las pretensiones planteadas en la demanda de amparo, son los siguientes:

a) Doña V.F.C., contrajo matrimonio con don F.L.D.B., el 21 de octubre de 2016, con quien tuvo una hija el 20 de febrero de 2017. El padre abandonó el domicilio familiar el día 27 de febrero de este último año, fecha a partir de la cual, y hasta la interposición de la demanda de divorcio, ni don F.L.D.B., ni ningún miembro de su familia habrían, según doña V.F.C., contactado con ella.

El 8 de marzo de 2017, alegando malos tratos físicos y psicológicos hacia ella y su hija menor de edad y justificando la ausencia de denuncia de su condición (y de la de su hija) de

víctima de violencia de género “por el amor y a la vez el temor” que en ese momento sentía frente a su marido, doña V.F.C., presentó demanda de divorcio en la que solicitó la patria potestad exclusiva, la guarda y custodia de la menor, y un régimen de visitas para el padre de dos horas en fines de semanas alternos bajo la supervisión de un miembro de la familia materna. De la demanda conoció el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián.

b) En fecha 30 de marzo de 2017, se incoaron diligencias de investigación núm. 86-2017 en la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa a raíz de la citación del Ministerio Fiscal por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián para comparecer en el juicio de divorcio. Según el escrito de denuncia del Ministerio Fiscal, tanto en la demanda como en su comparecencia, doña V.F.C., manifestó que había sido objeto de varios actos de violencia de género “consistentes en agresiones físicas, vejaciones, insultos [y] coacciones”. El 31 de marzo de 2017 el fiscal interpuso denuncia ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de San Sebastián contra don F.L.D.B.

c) Don F.L.D.B., presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián solicitud de medidas previas a la presentación de la demanda, que quedaron registradas con el núm. 408-2017. Las partes discreparon respecto de las medidas provisionales a adoptar. Doña V.F.C., solicitó que se privara de la patria potestad a don F.L.D.B., alegando que había incurrido en graves actuaciones de violencia de género contra su persona. La solicitud de medidas provisionales se resolvió por auto núm. 297/2017, de 31 de marzo.

Aduciendo la falta de competencia para decidir si los hechos invocados eran ciertos y si, en su caso, constituían infracciones penales que justificaran la privación de la patria potestad, el juzgado se la otorgó a ambos progenitores, encomendando la guarda y custodia de la menor a doña V.F.C.

En cuanto al régimen de estancias de la menor con el progenitor no custodio, el juzgado estableció un régimen corto, fijando la estancia libre el sábado de la primera semana del mes y el domingo de la última, en ambos casos desde las 17:00 hasta las 19:00 horas. La fijación del régimen de estancias se fundamentó en la apreciación de una situación de conflictividad extrema entre los progenitores de la menor y sus respectivas familias, en la inexistencia en ese momento de prueba objetiva alguna que implicara inhabilidad parental por parte de don F.L.D.B., en la edad de la menor y su condición de lactante en exclusiva, y en el hecho de que la residencia habitual del padre se encontrara en la ciudad de Vitoria.

d) Por providencia de 31 de marzo de 2017, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián acordó continuar el procedimiento hasta que fuera requerido de inhibición por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Por oficio de 24 de abril de 2017, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián solicitó la inhibición al Juzgado de Primera Instancia núm. 6, requerimiento que fue

aceptado por auto núm. 345/2017, de 25 de abril.

e) El 22 de diciembre de 2017, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián resolvió el procedimiento de divorcio en sentencia núm. 71/2017, que acordó la disolución del matrimonio y la adopción de medidas reguladoras en relación con la hija menor de edad.

El proceso de disolución del matrimonio fue resuelto, en lo relativo a la pretensión de divorcio, en aplicación de los artículos preceptivos del Código civil (CC), y en lo que hace a las relaciones parentales y a las medidas respecto de la hija menor de edad en común, en aplicación de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (en adelante, Ley del Parlamento Vasco 7/2015).

En aplicación del art. 9.6 de la mencionada Ley del Parlamento Vasco 7/2015, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián otorgó la guarda y custodia de la hija en exclusiva a doña V.F.C., por entender que así lo exigía el interés superior de la menor en ese momento, habida cuenta de su corta edad (diez días de vida durante los que había cohabitado en exclusiva con la madre); que hasta ese momento la menor solo se había relacionado con su padre durante dos horas cada catorce días; que la menor se alimentaba en exclusiva mediante lactancia materna; que la madre contaba con capacidades y habilidades para gestionar las necesidades de la menor; que el padre parecía carecer de suficientes aptitudes a tales efectos y que don F.L.D.B., había manifestado su conformidad.

Por su parte, la sentencia de 22 de diciembre de 2017 resolvió que la patria potestad se ejerciera de forma conjunta por ambos progenitores. Para fundamentar su decisión, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián adujo que “si bien es cierto [que] existe un proceso penal en trámite por presunto delito de maltrato del padre a la madre, lo cierto es que, en la actualidad, este procedimiento se encuentra en fase de investigación sin que se hayan dictado medidas de protección de la madre y sin que, a fecha actual, se haya apreciado una base indiciaria contundente de personalidad agresiva, controladora, machista y violenta en el investigado, [...] no existe en este instante ninguna imputación formal contra él dirigida en el proceso penal”.

De conformidad con el informe del equipo psicosocial judicial fechado el 20 de octubre de 2017, el juzgado estableció además un régimen de visitas y estancias del padre no custodio con la menor de modo supervisado, con previsión de progresión hacia un régimen abierto en la medida que las circunstancias así lo aconsejaran.

Según la sentencia núm. 71/2017, de 22 de diciembre, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián, del referido informe pericial se concluía que en ese momento no era razonable apreciar la concurrencia de un riesgo para la menor procedente de conductas

deliberadamente dañinas de su padre o de la familia de este, aunque del mismo sí podía deducirse que don F.L.D.B., adolecía de una cierta falta de habilidades parentales como consecuencia de una personalidad dependiente, un escaso conocimiento de la menor, y una falta de destrezas naturales para gestionar las necesidades emocionales e instrumentales de la menor. A ello añadía un contexto de elevada conflictividad, de todo lo que se deducía la pertinencia, por ser más adecuada y beneficiosa para la menor, de una supervisión profesional, aunque fuera provisional, de las estancias. Consecuentemente, en la sentencia de divorcio se ordenó que: A) hasta el mes de junio de 2018 (incluido) el padre y la menor estarían juntos los sábados alternos en el punto de encuentro familiar de San Sebastián, desde las 17:00 hasta las 19:00 horas, de modo supervisado; B) a partir del mes de julio de 2018 y hasta el mes de diciembre (incluido) de ese mismo año, si los informes del punto de encuentro familiar eran favorables, las estancias se realizarían los sábados alternos desde las 16:30 hasta las 19:30 horas, con entregas y recogidas en el punto de encuentro familiar pero siendo la estancia libre; C) a partir del mes de enero de 2019 y hasta el mes de agosto (incluido) de ese mismo año, nuevamente si los informes del punto de encuentro familiar resultaban favorables, las estancias de los sábados alternos se realizarían en jornada entera, desde las 11:00 hasta las 19:30 horas, realizándose los intercambios en el punto de encuentro familiar, siendo las estancias de carácter libre; y D) en el mes de septiembre de 2019, cuando la menor contara ya con dos años y medio de edad, se recabaría informe del equipo psicosocial para que, a la vista de los informes del punto de encuentro familiar y de una nueva valoración integral de la situación, se informara sobre la conveniencia de introducir las pernoctas o, en general, sobre el régimen paterno-filial de estancias más conveniente para la menor “en función de las circunstancias que entonces existan”, de modo que, tras su traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, se concretaría judicialmente el régimen de estancias, ordinario y vacacional, de carácter definitivo.

f) Por las representaciones de ambas partes se interpusieron contra dicha sentencia sendos recursos de apelación. Doña V.F.C., recurrió entonces la atribución de la patria potestad y el régimen de visitas y comunicaciones. Ambos recursos fueron desestimados por sentencia núm. 539/2018, de 18 de octubre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

g) Con fecha de 7 de noviembre de 2018 se dictó, en las diligencias previas núm. 200-2017, auto de transformación en procedimiento abreviado, en cuyo antecedente de hecho segundo se hizo constar que de lo actuado en el procedimiento se desprendía, al menos con carácter provisional, un relato fáctico de conformidad con el cual doña V.F.C., habría sufrido una contractura cervical y múltiples hematomas en los brazos, resultado todo ello de una serie de episodios de violencia transcurridos en el seno de la relación de pareja entre los meses de febrero de 2016 y febrero de 2017. Haciendo constar que según la unidad de valoración forense integral, don F.L.D.B., presentaba “elementos psicológicos de riesgo para la manifestación de conductas impulsivas ocasionales” más compatibles con un contexto de

elevada conflictividad en la pareja, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián acordó, no obstante, seguir las diligencias por los trámites de los arts. 780 y ss. de la Ley de enjuiciamiento criminal por un delito leve continuado de vejaciones injustas y cinco delitos de maltrato no habitual, todo ello en el ámbito de la violencia de género.

h) En el ATS 7491/2019, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2019:7491A), el Tribunal Supremo inadmitió los correspondientes recursos extraordinarios por infracción de ley y de casación, declarando firme la sentencia núm. 71/2017, de 22 de diciembre, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián.

En su recurso de casación, doña V.F.C., reclamó la exclusividad del ejercicio de la patria potestad y alegó el carácter gravemente perjudicial del régimen de comunicaciones y visitas del padre no custodio con la menor, aduciendo que no se habían tenido en cuenta “todos los medios de prueba ni incluso los datos para valorar en toda su inmensidad ‘la actividad delictiva del demandado’”.

El Tribunal Supremo inadmitió el referido recurso con fundamento en una apreciada “carencia manifiesta de fundamento” ex art. 483.2.4 de la Ley de enjuiciamiento civil. Para el alto tribunal, fue el interés superior de la menor el que presidió la sentencia recurrida de acuerdo con las circunstancias concurrentes que resultaron acreditadas. La inadmisión de la casación llevó además aparejada la del recurso extraordinario por infracción procesal, que se interpuso juntamente con el primero.

i) Habiéndose iniciado la fase D) del régimen de estancias y visitas, por providencia de 16 de octubre de 2019, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián acordó recabar informe del equipo psicosocial, que fue presentado el 25 de febrero de 2020.

Según el equipo psicosocial judicial, de conformidad con el informe del punto de encuentro familiar de 23 de enero de 2020, desde el mes de noviembre se habían programado ocho visitas, de las que solo se había realizado una, con fecha 11 de enero de 2020, habiéndose suspendido el resto a criterio educativo ante la negativa de la menor de acceder al encuentro. En cuanto al ejercicio de la coparentalidad, el informe subraya que doña V.F.C., verbalizó en la entrevista preocupación y desconfianza por los cuidados paternos hacia la menor en el contexto del proceso penal abierto contra don F.L.D.B., por presunta violencia de género. Y en lo referente a las valoraciones de los progenitores, una vez advertida la dificultad para obtener “información válida y fiable sobre la dinámica” (de la relación de pareja) dada la disparidad de versiones del relato, el equipo psicosocial infiere de su análisis la existencia de obstáculos evidentes para el ejercicio de la coparentalidad, “pudiéndose afirmar que la situación de conflicto, con un procedimiento penal abierto por presunta violencia de género, así como la actitud de desconfianza por parte de la madre, no facilitan una predisposición de la niña hacia el contacto con su padre”. Se concluye por ello la

conveniencia de “continuar con el régimen establecido hasta que se consiga normalizar las estancias con el padre, antes de incorporar las pernoctas”, ya señalada por el informe del punto de encuentro familiar de 23 de octubre de 2019, así como el deber de “establecer medios para facilitar la aceptación por parte de la niña de dichas estancias, incluyendo si se viera necesario, la intervención socioeducativa”.

j) Por auto de 2 de abril de 2020, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián fijó el mes de agosto de 2020 como fecha de inicio de la incorporación de las pernoctas en el régimen de estancias del padre con la menor a través de una serie de etapas que se extenderían hasta el mes de diciembre de ese mismo año, y acordó la realización de una intervención familiar socioeducativa por los servicios sociales del Ayuntamiento de San Sebastián.

Según la literalidad de la mencionada resolución, de conformidad con los informes tanto del punto de encuentro familiar como del equipo psicosocial judicial, el retraso en la ejecución del régimen de visitas advertido hasta el momento no se debía a causas imputables al padre, sino achacables al contexto de conflictividad entre los progenitores y sus respectivas familias. Para el juzgado, “la causa de la negativa de la menor a acceder en el punto de encuentro a las estancias con el padre durante los meses de noviembre, diciembre y parte de enero de 2020 no parece hallarse en modo alguno, ni en factores relacionados con la falta de habilidad o capacidad parental del padre, ni en un sentimiento de rechazo íntimo y real de la menor al padre, pareciendo hallarse, por el contrario, tal y como apunta el referido informe del equipo psicosocial judicial, en un contexto de conflictividad entre progenitores y respectivas familias y en la actitud de desconfianza de la madre y de la familia materna hacia el padre y su familia”. Contexto al que el auto atribuye la negativa de la menor a acceder a los encuentros con el progenitor no custodio en el punto de encuentro familiar entre noviembre de 2019 y enero de 2020. Esta conclusión estaría avalada, en opinión del juzgado, por el hecho de que la negativa de la menor a acceder al punto de encuentro familiar comenzó en un momento “cercano en el tiempo a aquel en que comenzaron a realizarse estancias con los abuelos paternos”, no apreciando así “razones o causas fundadas que desaconsejen una progresión en el régimen de estancias del padre con la hija ni, por ende, una introducción progresiva de las pernoctas”.

k) Contra el auto de 2 de abril de 2020, doña V.F.C., planteó recurso de reposición invocando la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24 CE* y el criterio del beneficio del menor *ex art. 39 CE*.

En opinión de doña V.F.C., la resolución impugnada, en incumplimiento de la sentencia de divorcio de 22 de diciembre de 2017, no tuvo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de decidirse la introducción de las pernoctas. Más concretamente, se alegó que con fecha 7 de noviembre de 2018 se había dictado un auto de transformación en

procedimiento abreviado en las diligencias previas núm. 200-2017, en el que se acordaba seguir las diligencias contra el progenitor no custodio por un delito leve continuado de vejaciones injustas [arts. 173.4 y 174 del Código penal (CP)], un delito de maltrato no habitual (art. 153.1 CP) y cuatro delitos de maltrato no habitual (art. 153.1 y 3 CP), “todo ello en el ámbito de la violencia de género”, y se indicaba además que el informe emitido por la unidad de valoración forense apreciaba “elementos psicológicos de riesgo para la manifestación de conductas impulsivas ocasionales”. Se adujo también entonces por doña V.F.C., que la resolución impugnada tampoco había tenido en cuenta que la negativa de la menor a mantener los encuentros con el padre habría tenido lugar a partir de la ampliación del régimen de visitas para su desarrollo en la ciudad de residencia del padre (Vitoria), circunstancia objetivada, a entender de la recurrente, por los informes de la pediatra y de la psicóloga de la menor, recomendando esta última expresamente que las visitas se realizaran en el entorno de la menor y con una menor duración. Para doña V.F.C., el auto de 2 de abril de 2020 habría igualmente desconocido los informes del equipo psicosocial y del punto de encuentro familiar, que recomendaban la continuación con el régimen establecido de visitas antes de incorporar las pernoctas.

l) El recurso de reposición fue desestimado por auto de 18 de junio de 2020 dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián.

Según el juzgado, “tal y como se establece en el referido informe del equipo psicosocial, no se detectan en este caso ni factores de riesgo en el padre que desaconsejen la citada progresión, ni la existencia de ningún tipo de rechazo o temor en la menor”. Advierte asimismo que para dictar su resolución tomó en consideración “tanto el contenido y la información existente en el proceso penal que se sigue entre las partes, como los informes de la pediatra y de la psicóloga”. Más concretamente, en lo que al proceso penal se refiere, sin mención alguna al auto de transformación en procedimiento abreviado, el juzgado aduce la consideración de los informes de la unidad de valoración forense integral en los que se afirmaba que los posibles actos impulsivos ocasionales de don F.L.D.B., “no se concretan en el marco de una situación de desigualdad característica de la violencia de género”. Por su parte, en lo que a los informes de la pediatra y la psicóloga de la menor concierne, se arguye por el juzgado que los mismos “se emiten en un momento concreto que no se relaciona con las estancias de la menor con el padre, sino [...] con la introducción *ex novo* de unas estancias con la abuela paterna”.

m) Contra el auto de 18 de junio de 2020, doña V.F.C., interpuso recurso de apelación por el que solicitó su anulación “acogiendo íntegramente el escrito de esta parte consistente en no ampliar el régimen actual de visitas, anulando el calendario que se contiene en dicho auto y posponiendo, en su caso, la ampliación al resultado de los informes de la intervención de los servicios sociales del ayuntamiento, todo ello en base al interés supremo de la menor”.

Reiterando, en esencia, los argumentos esgrimidos en reposición, doña V.F.C., fundamentó su recurso en el desconocimiento por la resolución impugnada de las circunstancias concretas concurrentes en el momento de introducirse las pernoctas, a saber, la imputación del progenitor no custodio como presunto autor de seis delitos mediante auto de transformación en procedimiento abreviado, la inevitable conexión de dicha imputación con la constatación en la persona del padre de elementos psicológicos de riesgo de conductas compulsivas y la recomendación del punto de encuentro familiar y del equipo psicosocial judicial de continuar el régimen de visitas hasta la normalización de las estancias, antes de introducir las pernoctas.

En el escrito de interposición del recurso de apelación, doña V.F.C., solicitó la incorporación como medio de prueba de los informes psiquiátricos del padre obrantes en autos, y ello por entender que, al estar acreditadas, al menos de forma indiciaria, las agresiones, y al haber estado ingresado por motivos psiquiátricos, el progenitor no custodio debía haber sido examinado por un psiquiatra forense, habiendo sido únicamente evaluado por la psicóloga del juzgado. Se recuerdan, a estos efectos, agresiones presuntamente sufridas por la madre custodia cuando se encontraba en estado de gestación y un episodio violento que, en opinión de la recurrente, puso en riesgo la integridad física de la menor cuando esta contaba tan solo con cuatro días de vida. Hechos de los que se dejó constancia en la demanda y que reprodujo la sentencia de divorcio. Así mismo, en respuesta a la referida disociación entre los “actos impulsivos ocasionales” y “una situación de desigualdad característica de la violencia de género”, doña V.F.C., interesó la incorporación tanto del informe emitido por su psiquiatra, de fecha 26 de octubre de 2018, en el que se concluía que había sido víctima de violencia de género, como del escrito de acusación del Ministerio Fiscal y de los informes psicosociales emitidos en el procedimiento relativos a la relación de dependencia entre el padre no custodio y la abuela paterna. En opinión de la recurrente, el auto impugnado banalizó la conducta de don F.L.D.B., que iba a ser juzgada penalmente, en un contexto en el que tendría que haber prevalecido “el criterio del beneficio del menor proclamado en los arts. 92 y 94 CC, en consonancia con el art. 39 de la Constitución Española y la Declaración de derechos del niño”, para evitar cualquier riesgo para la menor.

La admisión de las pruebas fue denegada por auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha 6 de mayo de 2021, por considerar que dichos medios no eran necesarios para el fallo, resolución frente a la que doña V.F.C., interpuso recurso de reposición desestimado con fundamento en la siguiente argumentación: “La prueba documental que la parte recurrente solicita, no se considera por esta sala fundamental para resolver las cuestiones que se intentan dirimir en el presente procedimiento (puesto que en algún momento llegaremos, esperemos, realmente a poder dirimir el fondo de la cuestión), puesto que ya se considera suficiente para la resolución del recurso de apelación interpuesto, las diligencias practicadas y las pruebas admitidas”.

Desestimado el recurso de reposición por auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha 3 de junio de 2021, el recurso de apelación fue finalmente desestimado por auto de la Sección Segunda de la misma Audiencia Provincial núm. 147/2021, de 15 de octubre.

Una vez transcritas las conclusiones del informe del equipo psicosocial de 25 de febrero de 2020 relativas a la conveniencia de continuar con el régimen de visitas y a la posibilidad de una intervención socioeducativa de cara a dotar a ambos progenitores de habilidades para el ejercicio de la coparentalidad, y resumido el contenido del auto impugnado en cuanto a la conexión entre la negativa de la menor a acceder al punto de encuentro familiar y el contexto de conflictividad familiar y la actitud de desconfianza de la madre y su familia frente al padre y la suya, la Audiencia desestimó la apelación con fundamento en la inexistencia de una resolución firme en el proceso penal contra el padre no custodio y en el cumplimiento por el auto recurrido de la sentencia de divorcio al incorporar las pernoctas.

n) Habiéndose dictado el auto de apertura del juicio oral contra don F.L.D.B., el 7 de octubre de 2019, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de San Sebastián dictó sentencia núm. 28/2022, de 21 de enero, por la que se condenó al acusado como autor responsable de un delito de maltrato no habitual del art. 153.1 CP, dos delitos de maltrato no habitual del art. 153.1 y 3 CP, un delito leve continuado de vejaciones injustas del art. 173.4 CP, siendo absuelto de dos delitos de maltrato no habitual del art. 153.1 y 3, y de un delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP. Doña V.F.C., recurrió la referida sentencia por entender que el delito leve de vejaciones por el que se condenó al encausado integraba un delito de maltrato psíquico habitual ex art. 173.2 CP. El recurso fue desestimado por la sentencia núm. 245/2022, de 8 de noviembre, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

3. La recurrente en amparo considera que las resoluciones dictadas en primera instancia y apelación, que incorporaron las pernoctas en el régimen de estancias de su hija menor con don F.L.D.B., y de las que trae causa el amparo que aquí se resuelve, vulneraron su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE.

La argumentación de la ahora demandante de amparo parte del hecho de que en el momento de dictarse el fallo en apelación ya se encontraba vigente la nueva redacción del art. 94 CC, dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021, de 2 de junio), en virtud de la cual no procede o, en su caso, habrá de suspenderse, el régimen de visitas respecto del progenitor que se encuentre 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. Considera por ello doña V.F.C., que, incurriendo las resoluciones del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián en arbitrariedad e irrazonabilidad por apartarse de las recomendaciones de los técnicos de no incorporar las pernoctas en el régimen de visitas, el

auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa núm. 147/2021, de 15 de octubre, chocaría además frontalmente con la nueva dicción del mencionado precepto legal. Se alude, a este respecto, a una presunta vulneración del art. 25 CE que, como se concretará después, debe obviarse en esta sentencia por carecer de fundamentación jurídica alguna que la sustente.

Por otra parte, aduce también la demandante de amparo la contravención por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa del derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes ex art. 24.2 CE con motivo de la inadmisión de los informes psiquiátricos del padre de la menor que obraban en los autos principales del divorcio cuando los mismos, arguye doña V.F.C., sirvieron como fundamento para la resolución de la apelación al ser utilizados para concluir la inexistencia de indicadores de psicopatologías o limitaciones cognitivas del progenitor no custodio.

4. Mediante providencia de 14 de noviembre de 2022, la Sección Primera del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] 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, de 25 de junio, FJ 2 b)].

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, constando ya remitidas las actuaciones por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, correspondientes al recurso de apelación núm. 21184-2020 y por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de San Sebastián, divorcio contencioso núm. 53-2017, se acordó remitir atento oficio a este último órgano jurisdiccional a fin de que procediera a emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo deseaban, en el recurso de amparo.

5. Mediante diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 2 de enero de 2023, se acordó tener por personado y parte en el procedimiento al procurador de los tribunales don Manuel Díaz Alfonso, en nombre y representación de don F.L.D.B., y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

6. Mediante diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2023, y en virtud de lo acordado por el Pleno del Tribunal Constitucional del día 17 de enero de 2023, publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 19 de enero del mismo año, el presente recurso de amparo fue turnado a la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, lo que se puso en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal a los efectos oportunos.

7. Por escrito registrado con fecha 7 de febrero de 2023, don F.L.D.B., manifestó su conformidad con todas las resoluciones recurridas, solicitando su íntegra confirmación por ser ajustadas a derecho. Alega que la letrada de doña V.F.C., es su madre y que, a su juicio, esta ha hecho un ejercicio totalmente abusivo del derecho a la tutela judicial efectiva, advirtiendo que la recurrente no ha cumplido ni un solo día del régimen de visitas desde el 17 de febrero de 2020, fecha en que vio a su hija por última vez con motivo de las entrevistas llevadas a cabo por el equipo psicosocial judicial adscrito al juzgado. Además, tras aducir falta de agotamiento de la vía judicial previa (aunque sin identificar ni la lesión respecto de la que se aprecia tal óbice procesal, ni la vía a la que tendría que haberse acudido para evitarlo), la representación procesal de don F.L.D.B., alega que no puede considerarse infringido el art. 94 CC en su nueva redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en cuanto, de conformidad con la STC [106/2022](#), de 13 de septiembre, dicho precepto no priva de forma automática al progenitor no custodio del régimen de visitas o estancias, sino que solo atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre su establecimiento o no, incluso en los supuestos en los que esté incurso en un proceso penal. Así mismo, se arguye por esta parte la futilidad, impertinencia y el carácter innecesario para el fallo de los medios de prueba cuya incorporación fue interesada por la recurrente de amparo, no apreciando por ello vulneración alguna de su derecho a la defensa ex art. 24.2 CE.

8. Por escrito presentado en el registro de este tribunal el 15 de febrero de 2023, la procuradora de los tribunales de la recurrente en amparo aportó para su unión a autos la sentencia testimoniada dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de San Sebastián por la que se condenó a don F.L.D.B., por tres delitos de maltrato no habitual y un delito leve de vejaciones injustas. Igualmente, se aportó la sentencia núm. 245/2022, de 8 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de San Sebastián.

9. Por escrito registrado ante el Tribunal Constitucional el 1 de marzo de 2023, la fiscal interesó: (i) Estimación parcial del amparo en relación con la falta de motivación del auto de fecha 15 de octubre de 2021 de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa y desestimación del resto de los motivos. (ii) Reconocer que se ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la perspectiva de obtener una resolución motivada y fundada en Derecho.

El Ministerio Fiscal, recordando la posible reconsideración por este tribunal, una vez admitida a trámite la demanda, de los presupuestos procesales que determinan la viabilidad del recurso de amparo, recuerda que el primero de los requisitos exigidos por el art. 44 LOTC es el agotamiento de la vía judicial previa. Requisito que, a entender de la Fiscalía, habría sido incumplido por la demandante de amparo en lo que respecta a la queja relativa

a la inaplicación, por el auto núm. 147/2021 de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, del art. 94 CC en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Advirtiéndose, acertadamente, la confusión en la que incurre la representación procesal de doña V.F.C., al referirse a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en vez de a la mencionada Ley 8/2021, de 2 de junio, el Ministerio Fiscal considera que la ahora demandante de amparo debería haber acudido al incidente de nulidad de actuaciones *ex art.* 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para dar oportunidad a la Audiencia Provincial de Gipuzkoa a pronunciarse sobre lo que considera una vulneración de derechos autónoma respecto de las demás imputadas a las resoluciones impugnadas. Consecuentemente con lo anterior, para la Fiscalía, el amparo debiera inadmitirse en lo que a las alegaciones relativas a la inaplicación del art. 94 CC respecta, pues si la presunta vulneración de derechos se imputa al auto dictado en apelación, su denuncia hubiera procedido por la vía del incidente de nulidad, mientras que si la demandante consideraba que la vulneración tuvo origen en las resoluciones precedentes, entonces se tendría que haber invocado en el momento procesal oportuno, no pudiéndose deducir dicha invocación del debate en la vía judicial ordinaria.

No obstante lo anterior, para el caso de que este tribunal no apreciara el óbice procesal aducido, la Fiscalía advierte que en el momento de dictarse el auto que resolvió el recurso de apelación ya estaba en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, no entendiéndose por ello que la Audiencia Provincial de Gipuzkoa no aplicara el art. 94 CC, en vez de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015. Se interesa así que, en caso de no apreciar la falta de agotamiento de la vía judicial previa, se estime la vulneración del art. 24.1 CE por el auto dictado en apelación, al no haber explicado este la aplicación de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 y la incorporación de las pernoctas.

10. Por providencia de 28 de noviembre de 2024 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 2 de diciembre del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

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

El presente recurso de amparo se interpone contra los autos de 2 de abril y de 18 de junio de 2020 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián y contra el auto núm. 147/2021, de 15 de octubre, de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, dictados todos ellos en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 53-2017, por los que se introdujeron las pernoctas en el régimen de estancias de la hija menor de edad de doña V.F.C., ahora demandante de amparo, y don F.L.D.B. Simultáneamente, se interpone también contra el auto de 6 de mayo de 2021 de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa que inadmitió los medios de prueba solicitados por doña V.F.C., en el contexto de su recurso de apelación.

Como se ha expuesto con detalle en los antecedentes de esta sentencia, la demandante en amparo alega, por un lado, la vulneración del art. 24.1 CE por las resoluciones dictadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián que introdujeron las pernoctas de la menor con el progenitor no custodio. En su opinión, las resoluciones de instancia, al apartarse de los informes obrantes en autos, que recomendaban la progresión en el régimen de visitas evitando la incorporación de las pernoctas hasta que se hubieran normalizado las estancias de la menor con el padre, son irrazonables y arbitrarias. Irrazonabilidad y arbitrariedad en las que habría igualmente incurrido el auto dictado en apelación por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa que, al haber desconocido la nueva redacción dada al art. 94 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en virtud de la cual no procede o, en su caso, habrá de suspenderse, el régimen de visitas respecto del progenitor que se encuentre incurso en un proceso penal por violencia de género, vulneraría no solo el art. 24.1 CE, sino también el art. 25 CE. Por otro lado, doña V.F.C., alega que se habría igualmente vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa ex art. 24.2 CE al inadmitir la misma Audiencia Provincial, por auto de 6 de mayo de 2021, los informes psiquiátricos sobre el padre de la menor que obraban en los autos principales del divorcio y que fueron utilizados como argumento en la apelación para descartar la existencia de psicopatologías y limitaciones cognitivas de don F.L.D.B.

Por su parte, la representación procesal de don F.L.D.B., aduce que no se ha vulnerado ninguno de los derechos invocados. Arguye en este sentido que la demandante de amparo está haciendo un uso abusivo del derecho a la tutela judicial efectiva; que no se han agotado todos los medios impugnatorios disponibles en la vía judicial ordinaria; que de conformidad con la STC 106/2022, el no establecimiento o la suspensión del régimen de visitas previstos en el art. 94 CC, en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, no es automático sino decisión del juez competente; y que los medios de prueba propuestos por la demandante de amparo no eran determinantes para la decisión sobre la incorporación de las pernoctas en el régimen de visitas y estancias.

Para la fiscal, de no apreciarse el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa respecto del desconocimiento por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa del art. 94 CC, en su nueva redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, este tribunal debería estimar parcialmente el presente recurso de amparo por no haber motivado el mencionado órgano jurisdiccional la aplicación de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, y no el Derecho civil común, y haber optado por la incorporación de las pernoctas en el régimen de visitas y estancias de la menor con el progenitor no custodio. Entiende, sin embargo, que el recurso de amparo debe desestimarse en todo lo demás, por no haber “justificado adecuadamente [la recurrente en amparo] la relación entre la prueba propuesta y la pretensión deducida, así como el perjuicio que le ha ocasionado”.

Antes de proseguir, debemos comenzar por excluir de nuestro análisis de fondo la invocación que la recurrente realiza sobre la vulneración del principio de legalidad (art. 25 CE), por cuanto dicha invocación (dejando a un lado lo acertado o no de su alegación en este caso) aparece en la demanda carente de una argumentación propia en la que pudiera sostenerse dialécticamente la denuncia de su eventual vulneración, no habiendo cumplido la recurrente, por tanto, la carga que sobre ella pesa de fundamentar, siquiera sea mínimamente, las vulneraciones constitucionales denunciadas. Como hemos señalado reiteradamente, no le corresponde a este tribunal reconstruir de oficio la demanda de amparo, ni suplir las razones de las partes —sobre las que recae la carga de la argumentación— cuando aquellas no se aportan al recurso (por todas, STC 33/2021, de 15 de febrero, FJ 2). Por este motivo, el objeto del proceso en lo concerniente a la incorporación de las pernoctas en instancia, y su confirmación en apelación, queda limitado al estudio de los argumentos vertidos respecto de la lesión del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho, no arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable.

Ya que los hechos que conforman los antecedentes del recurso de amparo al que da respuesta esta sentencia hacen referencia a una persona menor de edad, y con ánimo de preservar su intimidad, la presente sentencia no incluye la identificación completa de esta ni la de sus parientes inmediatos que aparecen mencionados en las actuaciones, por aplicación de las potestades atribuidas a este tribunal por el art. 86.3 LOTC y el acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales (“BOE” núm. 178, de 27 de julio de 2015).

2. Orden de enjuiciamiento de las vulneraciones invocadas: doctrina de la mayor retroacción

Antes de examinar las quejas planteadas en la demanda de amparo, hemos de determinar el orden apropiado para su enjuiciamiento constitucional, que debe ajustarse al criterio de la mayor retroacción. Así, en las SSTC 90/2010, de 15 de noviembre, FJ 2; 25/2012, de 27 de febrero, FJ 2; 41/2020, de 9 de marzo, FJ 2, y 92/2023, de 11 de septiembre, FJ 3, entre otras muchas, este tribunal ha subrayado la prioridad que debe concederse al examen de aquellas quejas que, de prosperar, determinen la retroacción a un momento procesal anterior, haciendo innecesario un pronunciamiento sobre las restantes.

La aplicación de esta doctrina al caso nos lleva a examinar, en primer término, la pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho, no arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, que se imputa a las resoluciones del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián por apartarse de los informes técnicos que aconsejaban continuar con el

régimen de visitas hasta su normalización, antes de incorporar las pernoctas. Más concretamente, y teniendo en cuenta que no es objeto de impugnación en el presente recurso la sentencia núm. 71/2017, de 22 de diciembre, que resolvió el procedimiento de divorcio, corresponde aquí examinar la invocada lesión que se imputa al auto de 2 de abril de 2020, por el que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián fijó el mes de agosto de 2020 como fecha de inicio de incorporación de las pernoctas.

La estimación de este motivo, caso de entenderse que el referido auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de doña V.F.C., en cuanto determinante también de su nulidad, haría innecesario el análisis de las alegadas vulneraciones del art. 24 CE que la demandante de amparo imputa al auto dictado en apelación por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa por inaplicación del art. 94 CC en su redacción vigente y al auto de la misma Audiencia Provincial, de 6 de mayo de 2021, por el que se inadmitieron los medios de prueba propuestos por doña V.F.C., en el marco de su recurso de apelación.

3. *El derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho: el canon reforzado de motivación (art. 24.1 CE)*

Una vez determinado el objeto de este amparo, y establecido el orden de enjuiciamiento de las vulneraciones invocadas, debemos delimitar el canon de enjuiciamiento para proceder, posteriormente, a su aplicación al caso concreto que se nos plantea en este recurso. Así, debe recordarse que este tribunal “ha reiterado en innumerables ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el derecho a obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal que prevea la inadmisión, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente” (entre las más recientes, SSTC 28/2024, de 27 de febrero, FJ 4, y 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 2).

Como hemos recordado en nuestra STC 115/2024, FJ 2, que dio respuesta a otro recurso de amparo interpuesto por doña V.F.C., en relación con la fase de ejecución de la sentencia de divorcio dictada en el mismo procedimiento del que trae causa el que ahora resolvemos, la obligación de motivación de las resoluciones judiciales “aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE [...] como garantía frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad”. Así, de conformidad con el art. 24.1 CE, “la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación ha de estar fundada en Derecho”, no pudiendo “considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un

desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”. De este modo, “tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia”.

Este deber de motivación resulta además reforzado “[c]uando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos”, supuestos en los que “el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del art. 24.1 CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente”, exigiendo nuestra jurisprudencia “motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza” (STC 115/2024, FJ 3). Así, “en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional, [...] la obligación de que se exteriorice el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución”, aparece reforzada. En estos casos, “[n]o cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica de que ‘no se cumplen las circunstancias’ que la ley exige ni la justificación en el carácter discrecional de la potestad que se ejerce, pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente” [SSTC 81/2018, de 16 de julio, FJ 3, y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2 a ii)]. Constituye, de este modo, doctrina consolidada de este tribunal que “las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva serán distintas y más estrictas, ‘reforzadas’ [...], cuando, a pesar de que la decisión judicial no se refiera directamente a la preservación o a los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado [...], vinculado [...], en juego [...] o quede afectado [...] por tal decisión” (STC 115/2024, FJ 3, y jurisprudencia allí citada).

Consecuentemente con lo hasta aquí dicho, este tribunal ha exigido el cumplimiento del canon reforzado de motivación cuando se trata de limitar el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE (STC 173/2013, de 10 de octubre, FJ 3). Y los delitos relacionados con la violencia de género constituyen la forma más grave de discriminación contra la mujer (SSTC 48/2024, de 8 de abril, FJ 5, y 115/2024, FJ 3).

4. Motivación reforzada en contextos de violencia de género

Como hemos declarado en la reciente STC 115/2024, que dio respuesta a otro recurso de amparo interpuesto por doña V.F.C., en relación con la arbitrariedad e irrazonabilidad de las resoluciones judiciales que le obligaban a mantener una actitud proactiva y colaboradora en el cumplimiento del mismo régimen de visitas y estancias al que se refiere la presente

sentencia, cuando los procesos judiciales se desarrollan en un contexto de violencia de género las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE son reforzadas. De acuerdo con la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, que nuestras leyes proyectan sobre todos los poderes públicos, y de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos, que por imperativo del art. 10.2 CE opera como parámetro interpretativo insoslayable de nuestro sistema de derechos y libertades, los delitos de violencia de género constituyen la forma más grave de discriminación contra la mujer. Por ello, en un contexto de violencia de género, las resoluciones de nuestros órganos judiciales, al afectar al derecho a la igualdad y a la prohibición de la discriminación por razón de sexo ex art. 14 CE, han de cumplir con un canon reforzado de motivación (STC 115/2024, FFJJ 2 y 3).

En la STC 115/2024, FJ 3, recordamos la existencia en nuestro ordenamiento de un “deber legal de interpretación y aplicación de las normas jurídicas que busque la igualdad real entre mujeres y hombres y la ruptura con la perpetuación de los roles de género”. Como señalamos entonces, este deber legal se desprende de: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Y en la delimitación del contenido y alcance de este mandato habremos de estar, en cumplimiento de la cláusula hermenéutica del art. 10.2 de nuestra Constitución, a lo previsto en el Derecho internacional de los derechos humanos.

De conformidad con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en el seno de las Naciones Unidas en 1979 y ratificado por España en 1983 (CEDAW, por sus siglas en inglés) y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en 2011 y en vigor en España desde 2014 (Convenio de Estambul), en la aplicación del régimen de custodia y visitas, las autoridades nacionales deben tener en cuenta los incidentes de violencia de género, “debiéndose abordar los mismos desde la perspectiva de la prevalente desigualdad entre hombres y mujeres”. Un enfoque que, asumido por el art. 94 CC según la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y por la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, es “contrario a la práctica de aquellos Estados que tienden a dar prioridad a un interés superior del niño que se equipara con mantener el contacto con ambos progenitores, independientemente de que su padre sea un maltratador —o presunto maltratador— y de la exposición del niño a la violencia”. En contextos de violencia de género, “no cabe que el personal implicado en la ejecución del régimen de visitas adopte como principal objetivo la normalización de las relaciones entre los y las menores y sus padres”, debiendo alejarse de “una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal”. Los jueces deben así “ser muy conscientes de las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género que impactan negativamente

en las mujeres que han sido víctimas, no pudiendo asumir que el interés superior del menor es equivalente siempre a mantener relaciones con ambos progenitores” (STC 115/2024, FJ 3).

Este enfoque es el que deberían haber adoptado todas las resoluciones impugnadas, objeto de este recurso, incluido el auto de 2 de abril de 2020 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián que incorporó el régimen de pernoctas de la hija menor de edad de doña V.F.C., con el padre no custodio. En este caso, como ocurrió en el resuelto por la STC 115/2024, se requería, por parte de nuestros órganos jurisdiccionales, una motivación reforzada que, en el ejercicio de su función aplicativa de la legalidad vigente, evidenciara, sin ningún tipo de duda, que en la decisión de incorporar las pernoctas en el régimen de estancias de la menor con don F.L.D.B., se tuvo en cuenta el contexto de violencia en el que se adoptaba esta decisión, y su conexión con el derecho a la igualdad y la no discriminación. En caso contrario este tribunal, en el ejercicio legítimo de su competencia, estimará, como hicimos entonces, la alegada vulneración del art. 24.1 CE.

5. *Aplicación al caso de la jurisprudencia constitucional sobre el deber de motivación reforzada de las resoluciones judiciales en contextos de violencia de género*

En opinión de doña V.F.C., ahora demandante de amparo, las resoluciones dictadas en instancia que acordaron la incorporación de las pernoctas, y la dictada en apelación que las confirmó, habrían vulnerado el art. 24.1 CE al ignorar los informes periciales que aconsejaban continuar con el régimen establecido hasta la normalización de las estancias de la menor con el padre. Informes que, como se adujo a lo largo de la vía judicial previa a este amparo, la demandante siempre vinculó a la apreciación, en la persona del progenitor no custodio, de elementos psicológicos de riesgo de conductas compulsivas. Apreciación que estaría a su vez directamente relacionada con la apertura de diligencias penales, y el posterior auto de transformación en procedimiento abreviado, que finalmente dieron lugar a la condena de don F.L.D.B., por tres delitos de maltrato no habitual y un delito leve de vejaciones injustas.

En este caso, como hiciéramos en la STC 115/2024, nuestro enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas a través del canon reforzado de motivación que impone el art. 24.1 CE, debe así comenzar recordando el deber de las autoridades competentes de abordar la regulación y aplicación de los regímenes de custodia, estancias y visitas teniendo en cuenta los incidentes de violencia de género desde la perspectiva de la prevalente desigualdad entre hombres y mujeres. Un enfoque que, debemos recordar, siendo contrario a una equiparación en abstracto de la garantía del interés superior del menor con el mantenimiento del contacto con ambos progenitores, ha sido acogido tanto por el art. 94 CC en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, como por el art. 11.3 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015.

Siendo objeto del presente recurso los autos dictados por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián el 2 de abril y el 18 de junio de 2020, y los de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 6 de mayo y de 15 de octubre de 2021 (núm. 147-2021), todos ellos dictados en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 53-2017, debemos ahora analizar bajo el parámetro constitucional sentado en los anteriores fundamentos jurídicos, la resolución que introdujo en instancia las pernoctas en el régimen de estancias de la hija menor de doña V.F.C., con don F.L.D.B.

En el enjuiciamiento del auto de 2 de abril de 2020 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián bajo el canon de motivación reforzada del art. 24.1 CE que opera en este caso debemos, por tanto, valorar si dicha resolución tuvo suficientemente en cuenta los indicios fundados de violencia de género, no pudiendo por ello ni asumir que el interés superior del menor es equivalente a mantener relaciones con ambos progenitores, ni promover la perpetuación de funciones estereotipadas tradicionalmente atribuidas a las mujeres (STC 115/2024, FFJJ 2 y 3).

En este sentido debemos advertir que el auto controvertido concluye la inexistencia de “razones o causas fundadas que desaconsejen una progresión en el régimen de estancias del padre con la hija ni, por ende, una introducción progresiva de las pernoctas”. Y que para llegar a tal aseveración, la resolución impugnada se basa en el informe remitido el 25 de febrero de 2020 por el equipo psicosocial judicial en cumplimiento de su sentencia núm. 71/2017, de 22 de diciembre, apartado D), en virtud de la cual, en septiembre de 2019, cuando la menor contara ya con dos años y medio de edad, se recabaría informe del equipo psicosocial para que, a la vista de los informes del punto de encuentro familiar y de una nueva valoración integral de la situación, se informara sobre la conveniencia de introducir las pernoctas o, en general, sobre el régimen paternofamiliar de estancias más conveniente para la menor en función de las circunstancias que entonces existieran, de modo que, tras su traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, se concretaría el régimen de estancias, ordinario y vacacional, de carácter definitivo.

En opinión del juzgado, del informe del equipo psicosocial judicial de referencia, y del propio del punto de encuentro familiar, se deduce que la negativa de la menor a acceder al punto de encuentro familiar para el cumplimiento del régimen de visitas y estancias desde noviembre de 2019, es imputable al contexto de conflictividad entre los progenitores y sus respectivas familias y a “la actitud de desconfianza de la madre y de la familia materna hacia el padre y su familia”. Acuerda así la incorporación de las pernoctas a partir del mes de agosto de 2020, y ello a pesar de que, como advierte doña V.F.C., en su posterior recurso de reposición, tanto uno como otro informe concluyen la conveniencia de avanzar en la progresión del régimen de visitas hasta la normalización de las estancias, y de que ya con fecha 7 de noviembre de 2018 se había dictado, en las diligencias previas núm. 200-2017, auto de transformación en procedimiento abreviado contra don F.L.D.B.

Desde su recurso de reposición contra el auto de 2 de abril de 2020 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián, por el que se acordó el mes de agosto de 2020 como fecha para la incorporación de las pernoctas, la ahora demandante de amparo ha sostenido que, en incumplimiento de la sentencia de divorcio de 22 de diciembre de 2017, los órganos judiciales han desatendido las circunstancias concurrentes en el momento de adoptar dicha decisión. Circunstancias que, de conformidad con el propio escrito de interposición del presente recurso de amparo y el resto de antecedentes de hecho de esta sentencia, resultan fácilmente reconducibles a la existencia de indicios de violencia de género, debiendo por ello aplicar este tribunal el canon reforzado de motivación que el art. 24.1 de nuestra Constitución impone a nuestros órganos judiciales cuando sus resoluciones impactan sobre los valores superiores de nuestro ordenamiento y nuestros derechos fundamentales (entre otras, SSTC [9/2020](#), de 28 de enero, FJ 6; [113/2021](#) y [28/2024](#), FJ 4).

Siendo así, no podemos sino reiterar que el auto de 2 de abril de 2020 basa la incorporación de las pernoctas en la conexión que el informe del equipo psicosocial judicial establece entre la negativa de la menor de acceder a las estancias con el progenitor no custodio y el contexto de conflictividad familiar en el que dicha negativa se produce, con especial mención a la actitud de desconfianza mostrada por doña V.F.C., frente a don F.L.D.B., y su familia. En otros términos, el auto aquí enjuiciado, y las resoluciones que después lo confirmaron, basan la incorporación de las pernoctas en la imputación a la madre de al menos parte de la responsabilidad por la negativa de la menor a realizar las estancias con el padre, ignorando que dicha “actitud de desconfianza” de la madre hacia el padre y su familia bien pudiera encontrar su origen y causa en un contexto de violencia de género, cuyos indicios habían sido ya aducidos por doña V.F.C., en su previo escrito de alegaciones al referido informe de 25 de febrero de 2020 que, a pesar de no apreciar “indicadores de psicopatología ni limitaciones cognitivas” en el momento de realizarse la valoración del padre, efectivamente recomendaba, como alega reiteradamente la ahora demandante de amparo, la continuación del régimen establecido hasta que se normalizaran las estancias de la menor con el padre.

Partimos así de una resolución judicial que, desatendiendo los indicios de violencia, evidentes desde el dictado del auto de transformación en procedimiento abreviado el 7 de noviembre de 2018, contribuye a la perpetuación de roles estereotipados de la mujer, como es el de impulsora y favorecedora de los vínculos filiales, desconociendo con ello el impacto negativo de la violencia de género en las víctimas. Opción que replica el auto de 18 de junio de 2020, que desestimó el recurso de reposición contra el de 2 de abril de 2020, de nuevo con fundamento en el argumento de la conexión causal entre la negativa de la menor a acceder a las estancias con el padre y el contexto de conflictividad familiar, con especial mención a la actitud de desconfianza de la madre hacia el padre y su familia.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián introdujo de este modo las pernoctas en atención a un argumento, el de la conexión entre la negativa de la menor a realizar las estancias con el padre y la actitud de desconfianza de la madre hacia el padre y su familia que, al obviar la existencia de indicios fundados de violencia de género contra don F.L.D.B., conculca el deber de motivación reforzado que impone el art. 24.1 CE a nuestros órganos judiciales en contextos de violencia de género. Un deber que, atendiendo al art. 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, el art. 94 CC según redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y al Derecho internacional de los derechos humanos, exige la consideración de la existencia de tales indicios en la regulación y aplicación del régimen de visitas, estancias y comunicación. Siendo así, debemos por ello estimar la invocada lesión del art. 24.1 CE que la demandante de amparo imputa al auto de 2 de abril de 2020 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián por el que se introdujeron las pernoctas en el régimen de estancias de la hija menor de edad de doña V.F.C., con don F.L.D.B., sin considerar la existencia de indicios fundados de violencia de género.

Habiéndose apreciado la vulneración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho, no arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, que doña V.F.C., imputa al auto de 2 de abril de 2020 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián, resulta improcedente entrar a examinar las otras dos quejas planteadas en la demanda, referidas: la primera, a la lesión del mismo art. 24.1 CE, en igual vertiente, por el auto núm. 147/2021 dictado en apelación por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa con motivo de la inaplicación del art. 94 CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio; y, la segunda, a la lesión que del art. 24.2 CE se habría producido, según la recurrente, con motivo de la inadmisión por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de los medios de prueba cuya admisión interesó doña V.F.C., en el marco de su recurso de apelación.

6. Efectos de la estimación del recurso

Como efectos derivados de la estimación de la queja de la demanda procede, en primer lugar, declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en su vertiente de obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE). Esta lesión se ha producido porque el auto dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián con fecha 2 de abril de 2020 no tuvo en cuenta, en su argumentación, que el conflicto respecto de la introducción de las pernoctas en el régimen de estancias de la hija común menor de edad se produjo en el contexto de violencia de género sobre doña V.F.C., por don F.L.D.B.

El restablecimiento en el derecho vulnerado conlleva la declaración de nulidad de la resolución cuestionada. Sin embargo, visto el tiempo transcurrido desde que se dictó el

auto impugnado, es obvio que las circunstancias relevantes para resolver sobre el régimen de estancias ha cambiado —edad de la menor y condena del padre—, por lo que, en aras de preservar la seguridad jurídica y los derechos de las personas afectadas, debemos limitar el alcance de la estimación a la declaración de lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sin ordenar, en cambio, la retroacción de las actuaciones.

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 doña V.F.C., y, en consecuencia:

1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto de 2 de abril de 2020, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián, en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 53-2017.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil veinticuatro.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla a la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo núm. 7684-2021

En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC y con respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular por las razones que defendí durante la deliberación en la Sala y que expongo a continuación.

Las razones de mi discrepancia son sustancialmente las mismas de las que ya dejé constancia en el voto particular que formulé a la STC 115/2024, al que me remito ahora en su integridad.

De nuevo, al igual que entonces, la sentencia modifica el problema constitucional que se plantea en la demanda de amparo, pues, conforme a la queja que se planteaba, la decisión de la Sala debería haberse centrado en determinar si las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo, en su vertiente de obtención de una resolución debidamente motivada, por ser irrazonables y

arbitrarias. Sin embargo, la sentencia, como ya hiciera la STC 115/2024, trata la cuestión desde la perspectiva del no alegado derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, que se plantea en un contexto que considera vinculado a delitos relacionados con la violencia de género, para así construir un canon *ad hoc* para aplicar en el proceso, basado en la exigencia de motivación reforzada en contextos de violencia de género, que le lleva directamente a estimar el presente recurso de amparo. Algo que se hace obviando que solo mediante una artificiosa construcción cabe tildar de irrazonables o arbitrarias aquellas decisiones judiciales que se fundamentan, como en el caso, en los informes del equipo psicosocial judicial. La valoración de las pruebas practicadas en el proceso es cuestión de legalidad ordinaria, reservada a los órganos judiciales conforme al art. 117.3 CE y no a este tribunal que, nuevamente, convierte su intervención en un nuevo escalón judicial, en una nueva instancia.

Finalmente, no puedo dejar de advertir que la decisión de la Sala implica cambiar la inmediación de la decisión judicial por un juicio abstracto, ajeno a las circunstancias del caso concreto, en una peligrosa deriva que deja sin efecto lo decidido por la jurisdicción ordinaria, al sustituir un juicio por otro, pero sin ninguna consecuencia ni efectos para el caso, en la medida en que el pronunciamiento de la sentencia es meramente declarativo.

Por todo ello considero que el recurso de amparo debió ser desestimado.

Madrid, a dos de diciembre de dos mil veinticuatro.

2. Voto particular concurrente que formula la magistrada doña Laura Díez Bueso a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 7684-2021

En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC, y con respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular concurrente por cuanto, pese a que comparto el fallo estimatorio del recurso, disiento en parte de la argumentación de la sentencia.

La sentencia estima el recurso de amparo por remisión a lo razonado en la STC 115/2024, que resolvió el recurso interpuesto por esta misma recurrente. Las razones de mi discrepancia son las mismas que ya quedaron expresadas en mi voto particular concurrente a la citada sentencia, por lo que me remito a lo allí expuesto.

Madrid, a tres de diciembre de dos mil veinticuatro.