

Divorcio contencioso e interés del menor

Comentario a la STS de 20 de junio de 2023

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

1. La sentencia seleccionada para comentar desarrolla cuestiones interesantes en relación con los procedimientos de familia, divorcio, separación, relaciones paternofiliales, modificación de medidas, referidas a la guarda y custodia de un menor, régimen de visitas del progenitor no custodio, el padre, en cuya decisión siempre tiene que estar presente el interés del menor afectado, que es prioritario y que prevalece frente al interés de los progenitores.

En resumen, las cuestiones que se han suscitado son las siguientes:

Ambos progenitores, respectivamente, presentan ante el juzgado de primera instancia solicitud de medidas provisionales y previas, acumuladas. El padre solicita que se le atribuya el ejercicio de la patria potestad en exclusiva al impedir la madre todo contacto con su hija. Por su parte, la madre solicita que no se fijen visitas de la niña con su padre, al hallarse incurso en un procedimiento penal por abusos sexuales a la pequeña. El juzgado dictó auto que atribuyó a la madre la custodia de la menor, en atención a la corta edad de la niña y dado que fue la demandada quien se había venido ocupado principalmente del cuidado de la menor antes de la separación, y estableció un régimen normalizado con la hija menor a favor del padre y ello al no apreciar riesgos para la menor al no acreditarse en el juzgado de instrucción los posibles abusos sexuales en dos ocasiones y desestimar la prohibición del padre de acercarse a la menor.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de julio de 2023).

Posteriormente, el padre presentó demanda de divorcio en la que se indicaba no solo la negativa a la orden de protección por no apreciar situación de riesgo y que la esposa le había denunciado por violencia de género ante el juzgado de violencia que acordó la prohibición de aproximación y comunicación del demandante con su esposa y estableciendo un régimen de visitas, no obstante, la madre impedía que el padre viera a su hija.

A pesar de todo, ambas partes en la vista del procedimiento estuvieron conformes con la patria potestad compartida instando la madre la guarda y custodia en exclusiva y la suspensión del régimen de visita hasta la conclusión de los procedimientos penales abiertos contra el padre. La juez acordó la atribución de la guarda y custodia al padre, patria potestad compartida y un régimen de visitas progresivo a favor de la madre supervisado por Punto de Encuentro Familiar y todo ello sobre la base del comportamiento obstaculizador de la madre para que el padre pudiera comunicarse con su hija, lo que impidió el contacto de esta con su padre.

Frente a la sentencia de la Audiencia, la madre interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, a lo que se opuso el padre aportando el auto de sobreesimiento del Juzgado de Instrucción por los delitos sexuales de los que había sido denunciado por la madre de la menor.

Por otro lado, consta la existencia de dos procedimientos penales en el Juzgado de Instrucción n.º 2, un procedimiento abierto contra el padre de la menor y otro en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de n.º 2 de Alicante por amenazas leves en el ámbito de la violencia de género.

La madre tiene abiertas diligencias penales por sustracción de menores, con orden de búsqueda y detención y presentación, y se encuentra en paradero desconocido, ausentándose con su hija, pudiendo incluso estar fuera de España.

Como puede observarse, existe una situación conflictiva entre los progenitores e implicados en procedimientos penales que, en ningún caso, debe perjudicar a la hija menor, y ello al margen de la decisión que se adopte en aquellos procesos pendientes de resolución o sentencia, y si ninguno de los progenitores está en la actualidad en condiciones de asumir la guarda y custodia, deberán arbitrarse las condiciones necesarias para que algún familiar pueda asumir el cuidado de la menor.

2. En los procedimientos de familia en los que hay menores que pudieran estar en situación de riesgo, se han de arbitrar los mecanismos de protección correspondientes, siendo esa la razón por la que el artículo 752 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), establece que en los procedimientos con menores:

1. Los procesos a que se refiere este título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento

en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

Este precepto ofrece una posibilidad amplia para realizar alegaciones, aportar documentos o justificar sin el rigor que se establece en otros procedimientos para atender al superior interés del menor y eso puede ocurrir tanto en primera instancia como en segunda instancia como en casación, sin que pueda regir el principio de litispendencia y valorar aquellos elementos de nuevo conocimiento que concurren y que puedan incidir en el interés del menor.

En los procesos de familia han de citarse aquellos preceptos que inciden en la resolución de la sentencia referidos al interés del menor, como ocurre con la exploración o audiencia de los menores.

En primer lugar, se ha de mencionar el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que dispone que:

1. Los Estados Parte, garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez de este. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La falta de exploración o audiencia de los menores puede dar lugar a la nulidad de las actuaciones para que puedan ser oídos en relación con las medidas que les afecten personalmente.

La propia LEC, en el artículo 770.4.^a, dice que

si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de 12 años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad.

El Código Civil se refiere a la audiencia del menor cuando dispone que

en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor.

No puede dejar de mencionarse el artículo 777.5 de la LEC, referido a los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo o de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, que dispone que:

5. Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de 5 días.

Asimismo, la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, en su artículo 9.2, dispone que

se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho a ser oído por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente [...]. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor.

Obsérvese que el interés del menor es un elemento esencial en aquellos procedimientos donde sus intereses se encuentran sujetos a una resolución judicial interpuesta por uno de los progenitores o por ambos y para ello en muchas ocasiones deberá efectuarse la exploración o audiencia del menor afectado, si fuere posible por sus condiciones de madurez o edad, con la presencia exclusiva del menor, el magistrado y el fiscal para que, teniendo en consideración sus comentarios, expresiones o manifestaciones y el resto de pruebas, acordar las medidas que exijan su interés prevalente.

Se observa cómo la regulación existente exige la audiencia de los menores en los procedimientos contenciosos siempre a partir de los 12 años cumplidos, pero también a los menores de dicha edad, fundamentalmente en los procedimientos contenciosos en los que se ha de decidir sobre la guarda y custodia o sobre el régimen de visitas o aquellos aspectos que puedan afectar a su situación o a la realización de aquellos actos del tipo que sean en que pudieran estar interesados, pero también en los procedimientos de mutuo acuerdo si se estima necesario.

3. La decisión sobre la guarda y custodia en los procedimientos de familia exige, por tanto, que los menores sean oídos en relación con las medidas que se pudieran articular, entre ellas la guarda y custodia, el régimen de visitas y comunicaciones o cualquier otra de carácter personal que afecte al menor, teniendo en cuenta el interés del menor, que es prevalente, siempre ponderándolo en relación con el de los progenitores.

La exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este para su debida protección y, por ende, no es propiamente una prueba, de forma que el interés del menor no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. En atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor, es posible que se deniegue su exploración, si bien de forma motivada. Es el supuesto que contempla la Sentencia 578/2017, de 25 de octubre (NCJ062853). Se trata de evitar que la audiencia directa del menor no le produzca un perjuicio peor que el que se pretende conjurar. Pero para ello será preciso que el tribunal lo motive o que, en su caso, en atención a ese interés, considere más adecuado que la exploración se lleve a cabo a través de un experto o estar a la ya realizada a cabo por este medio. A veces se confunde la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si esta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables.

Por tanto, es esencial que la exploración se realice en un clima de serenidad, con ausencia de influencias externas, y que el menor se exprese libremente al margen de la influencia de sus progenitores y manifieste lo que le estime oportuno.

En el presente caso nos encontramos con una menor cuyos progenitores se encuentran implicados en procedimientos penales y además la actitud de la madre ha sido la de obstaculizar la relación del padre con su hija, hasta el punto de encontrarse en paradero desconocido con su hija, incumpliendo las resoluciones judiciales. Es decir, vincula el interés de la niña con el suyo propio.

En los procedimientos de familia no ha de considerarse que el interés del menor es el que tiene el padre o la madre, de manera que se superpongan de manera que el del menor desaparezca al confundirse con el de su madre o su padre. Siempre debe plasmarse el interés real del menor acudiendo a su exploración o audiencia o a la emisión de informes técnicos de equipos psicosociales del juzgado u otros de naturaleza pública. Por eso, si se omitiere la exploración o el informe correspondiente por entender el juzgado que el interés del menor lo ha expuesto la madre o el padre, sin acudir a una audiencia directa con el menor o a la emisión de informes periciales si fuere necesario, se habría vulnerado la legalidad vigente que considera que el menor debe ser escuchado o examinado por el juez y el fiscal o en su caso por peritos de los equipos del juzgado y podría declararse la nulidad de la resolución por la infracción de los preceptos legales mencionados.

En ocasiones, la situación familiar exige la intervención de los organismos públicos de protección de menores para adoptar las medidas correspondientes, si bien no siempre debe ser así si el menor tiene familiares cercanos con los que la relación es buena para, en ese caso, acordar una medida provisional de custodia de ese pariente, sin necesidad de que actúen los órganos de protección de la Comunidad de Madrid o de otra diferente para proteger al menor. Parece evidente que lo mejor para el menor es estar con sus familiares, no

perder esa relación familiar, sino mantenerla de manera provisional, hasta que las situaciones transitorias y temporales permitan adoptar las medidas más convenientes para el menor.

En el supuesto de la sentencia, el padre se encuentra inmerso en procedimientos penales por violencia, con apertura de juicio oral, que impide que al padre le pueda ser atribuida la guarda y custodia, aunque eso no puede significar siempre no adoptar un régimen de visitas con su hija. En este sentido, la Sentencia de 28 de junio de 2023, recurso 6356/2022, establece

que en la STS 126/2019 (NCJ063998), en relación con la medida de visitas dice: «2.- Ese derecho de visitas y comunicación, como el de guarda y custodia, y en general cuantas medidas de carácter personal afecten a los menores, viene informado por el principio *favor filii* o, lo que es más frecuente últimamente, por el denominado interés del menor. Este interés, según doctrina de la sala (Sentencias 566/2017, de 19 de octubre (NCJ062727) y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver, no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor. 3.- [...] El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea solo aparente, puramente formalista o estereotipada. Por el contrario, si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cuál sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación».

En el supuesto de la sentencia comentada, el padre siempre ha querido tener visitas y comunicación con su hija, pero ha sido la madre la que ha impedido el cumplimiento de las resoluciones judiciales hasta el punto de estar en paradero desconocido con la menor. La hija no es patrimonio de la madre, a la que ha separado del padre, ignorando dónde se encuentra, separándoles como si fuera patrimonio suyo, decidiendo cuál sea su interés con desconocimiento y descalificación de las resoluciones judiciales.

Aunque sea el padre el único progenitor cuyo domicilio y paradero son conocidos, no puede serle otorgada la guarda y custodia ante su situación procesal derivada de los procedimientos penales pendientes, como tampoco a la madre que se encuentra con la menor en lugar desconocido.

La solución es en interés de la menor y teniendo en cuenta que es preferible mantener los lazos familiares que romperlos, siendo preferible que sea una tía paterna la que asuma la custodia temporal y provisionalmente hasta que se decida sobre la guarda de la menor de acuerdo con las causas penales que tienen pendientes ambos progenitores. Esta solución no está prevista en el artículo 92 del Código Civil, pero puede tener apoyo legal en los artículos 103.1, 158 y 160 del Código Civil y ello en interés de la menor.

El artículo 103 dice que

admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estos, las medidas siguientes:

1.^a Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por estos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

El artículo 158 dice que

el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

En caso de posible desamparo del menor, el juzgado comunicará las medidas a la entidad pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma.

El artículo 160 establece que:

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.

[...]

2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

Es decir, la ley no impide que los hijos, respecto de los parientes mencionados, puedan excepcionalmente ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren.

La legislación considera que el interés del menor exige que, en primer lugar, aunque sea de manera excepcional, a algún pariente pueda serle encomendada la custodia de un menor con la vigilancia del juzgado que lo acordó.

En el caso del supuesto de la sentencia el Tribunal Supremo, valora el interés del menor y considera de acuerdo con la legislación que un familiar, tía paterna, asuma la custodia de la hija de los progenitores como forma de salvaguardar su interés hasta la decisión final sobre la guarda y custodia.