

Incompatibilidad de la custodia compartida con actos de violencia de género

Comentario a la [STS de 29 de marzo de 2021](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La denegación de la guarda o custodia compartida se produce por existir un proceso penal y por los indicios de violencia de género, luego constatados por la sentencia condenatoria. No hay meras desavenencias entre los progenitores, o excesos verbales e incidentes puntuales. El comportamiento del progenitor paterno ha sido prolongado en el tiempo y sancionado penalmente; se ha desarrollado delante de la hija, demostrando el menosprecio del padre hacia la madre, generándose un clima altamente negativo desde el punto de vista emocional y violento. Además, la sentencia condenatoria acuerda el alejamiento. Todo ello impide aplicar la doctrina proclive a la guarda y custodia compartidas.

Palabras clave: divorcio; custodia compartida; violencia de género; condena penal.

Fecha de entrada: 08-05-2021 / Fecha de aceptación: 27-05-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 30 de mayo de 2021).

El interés de esta sentencia reside en el compendio que se hace de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida. En este caso, el progenitor está incurso en un proceso penal. Hay referencias a las normativas autonómicas que contemplan la causa penal como circunstancia de denegación de la custodia compartida; incluso las alusiones a los indicios son importantes. De ahí que no se entienda bien la revocada sentencia de la audiencia provincial cuando existe esa doctrina consolidada y un artículo claro, el 92.7 del CC, que nos dice:

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

Tampoco, como se dirá después, que se ampare en un proceso penal en curso sin medidas cautelares, como argumento; ni siquiera el de invocar el informe psicotécnico, no abiertamente contrario, pero sí desaconsejando la custodia compartida hasta que se aclare el panorama penal.

El recurso de casación menciona la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, y la exposición de las distintas sentencias, las más recientes, nos ilustra suficientemente. Porque hemos pasado de una denegación casi automática a una contemplación de la misma con tintes de normalidad, pues con normalidad se ve que el padre, al igual que la madre, comparta los tiempos, los derechos y las obligaciones con los hijos comunes. Al fin y al cabo, la patria potestad pertenece a los dos y esa comunión expande en su ejercicio la corresponsabilidad de los padres. Se dice frecuentemente que las desavenencias entre ellos nos son causa para eludir la compartida, los tribunales de justicia exigen un conjunto de pruebas o de elementos definidores. Muchas veces, por ejemplo, se solicita un plan de parentabilidad, porque lo lógico es que quien pretenda su ejercicio compartido demuestre sus posibilidades, bien por sí mismo, bien con la ayuda de la familia, bien con sus propios medios o complementados con los ajenos. Recurrir, además, al informe del equipo psicosocial tampoco es una exigencia del derecho, sino una posibilidad, pues en el artículo 92.9 del CC está la posibilidad de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde el dictamen de los especialistas cualificados, «relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de los menores».

En la práctica, sucede, cuando no es fácil pronunciarse, que se pida el referido informe, pero sin perder la perspectiva de que ese informe no ha de ser necesariamente vinculante. Por ello, la jurisprudencia nos dice que para apartarse de los dictámenes de los equipo técnicos debe dictarse una resolución motivada, precisamente porque son técnicos y su cualificación suple el defecto de conocimientos del juez y de las partes. Pero, en fin, a lo largo de del comentario, no solo hacernos referencia a la sentencia del Supremo, sino que iremos ilustrando sobre estas y otras cosas concomitantes sobre la custodia compartida; porque, no obstante centrarse la sentencia en un supuesto de indicios o de causa penal –habiendo so-

licitado el fiscal la suspensión de la tramitación de la admisión del recurso hasta que conste el pronunciamiento penal-, la perfecta individualización de la figura, que ha alcanzado hoy la normalidad propia que exige su interpretación con arreglo a los tiempos en que vivimos, nos pide completar el comentario con una exposición completa de su contenido. Al fin y al cabo, como dice la STS de 2 de julio de 2014, rec. núm. 1937/2013, con la compartida

lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta para revocar una sentencia de esta naturaleza, y con tal pronunciamiento favorable a la compartida, lo siguiente: si responde al interés de la menor (STS de 14 de octubre de 2015; STS de 2 de julio de 2014, sobre la interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 del Código Civil); o valorar, en función de una serie de circunstancias personales, sociales, familiares, etc. que la hagan aconsejable. También resulta conveniente no olvidar que muchas veces cuando se recurre, en los recursos en los que se discute la guarda y custodia solo puede examinarse si el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia recurrida, porque «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS de 30 de diciembre de 2015, rec. núm. 415/2015; 614/2009, de 28 septiembre; 623/2009, de 8 octubre; 469/2011, de 7 julio; 641/2011, de 27 septiembre; 154/2012, de 9 marzo; 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio, y 323/2012, de 21 mayo;). Si la motivación no es arbitraria, no se quiebra el artículo 24 de la CE (Sentencia de 25 de abril de 2014). La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS de 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). Es decir, que el Tribunal Supremo casa la sentencia porque la audiencia ha valorado mal el interés y se ha vulnerado así la doctrina de manera clara; porque, de lo contrario, en estos asuntos de guarda y custodia compartida, como se ha dicho, hay limitaciones a la revocación.

Y cuando nos referíamos anteriormente a la importancia de la prueba psicosocial, lo decíamos amparándonos, una vez más, en la jurisprudencia:

La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre, por otro lado, dijo que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete «las reglas de la sana crítica, podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente». (S 13-2-2015, n.º 47/2015, rec. 2339/2013). Y es así, como que apartarse del informe su razonamiento puede suponer revocar la sentencia. Al respecto, nos basta con la siguiente sentencia del TS

Sala 1.^a, sec. 1.^a, S 23-7-2018, n.º 482/2018, rec. 5231/2017, nos recuerda «cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse este sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como la obrante en autos».

Aclarado lo anterior, entramos en la materia propia de la reciente sentencia de 29 de marzo de 2021. Por lo que aquí interesa, la demanda fue de divorcio con petición de custodia exclusiva para la madre (entre otras solicitudes y medidas). La niña tenía 7 años de edad. En primera instancia, se accede a la custodia materna, denegando el juzgado la compartida «con el argumento de la situación de grave de conflicto existente entre los progenitores, materializada en varias denuncias interpuestas entre ellos y que han dado lugar a una serie de procedimientos penales todavía no resueltos, situación de tensión que, si bien no trasladada a la menor, hace inviable, al menos mientras no se resuelven los procedimientos penales abiertos, el ejercicio de la guardia y custodia compartida. Pero obsérvese, y esto nos parece importante por lo que hemos dicho más arriba sobre el informe psicosocial: «El informe psicosocial, razona la sentencia, parece inclinarse por la custodia compartida, si bien condicionada a la resolución del procedimiento penal que se encontraba en curso». Es decir, que el juzgado de primera instancia se guía por el informe y, no obstante no desaconsejarla, se inclina por el criterio de negarla por la existencia del conflicto de las denuncias respectivas y, sobre todo, porque aún están en trámite los procesos penales. Se supone que debe motivar las causas de denegación, amparándose en la problemática existente entre los progenitores y en el proceso penal en trámite. Pero conviene recordar que, amparándose en ese informe, pudieran encontrarse argumentos a favor de la compartida.

Recurrida en apelación la sentencia, curiosamente la audiencia la concede y revoca parcialmente la sentencia de instancia. La razón que esgrime la sala es que la custodia de los dos padres concilia mejor con el «interés de la menor» y el informe no está en contra de ella. El argumento que permite otorgarla, a pesar del procedimiento penal en marcha es que, con respecto a él,

pendiente por delito de vejaciones injustas y maltrato psíquico en el ámbito de la violencia de género, no había condena penal, solo indicios racionales de delito, y que no se habían adoptado medidas cautelares. El resultado de dicho procedimiento no tenía que influir en las relaciones padre e hija. En definitiva, se concluyó que la regla general es la custodia compartida, por la que además se inclina el informe psicosocial.

Vemos, por consiguiente, que los mismos precios que se pudo esgrimir por el juzgado de primera instancia («interés de la menor») y el dictamen del equipo técnico nos llevan a una conclusión diferente, cuando, en realidad, la disimilitud radica en que los indicios penales, sin medidas cautelares, no parecen ser suficientes. Ese interés de la menor se amparará, como siempre en estos casos, en lo tantas veces repetido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en especial, en lo que remarca la de 25 de abril de 2018, cuando afirma:

Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los me-

nores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 de mayo; 124/2002, de 20 mayo; 144/2003, de 14 julio; 71/2004, de 19 abril; 11/2008, de 21). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con ese principio, el art. 92 del Código Civil regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios:

- a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para hijos y
- b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del juez debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos.

Pues bien, contra esa sentencia de la audiencia se interpone recurso de casación, y sucede que durante la sustanciación del mismo recae sentencia penal, concretamente se dicta por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Cáceres, la Sentencia 191/2019, de 3 de octubre, firme y condenatoria para el padre, describiéndose en los hechos probados las vejaciones e insultos constantes del padre hacia la madre, con un control continuo de sus movimientos, condicionando claramente su libertad y su dignidad. La condena fue la siguiente:

La pena de un año y ocho meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la denunciante, de su domicilio y de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de tres años. Igualmente se condenó al demandado, por un delito continuado de vejaciones injustas, a la pena de dos meses de multa a razón de cuatro euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria y prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la demandante, de su domicilio, de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier medio durante seis meses y un día.

El recurso de casación solo podía fundarse en la infracción de la doctrina sobre un caso similar, invocándose expresamente el artículo 97.7 del CC (ya transcrito), según el cual no procede la guarda conjunta cuando uno de los progenitores está incurso en causa penal por alguno de los delitos que se mencionan en el precepto y también cuando existen indicios «fundados de violencia doméstica»; bien es cierto que, en este caso, el juez debe advertir ese episodio a resultas de las pruebas o de las alegaciones de las partes. Llama poderosamente la atención que a pesar de un artículo con una redacción tan clara, la audiencia permitiera la custodia compartida, sabiendo como sabía que existían los indicios aunque no hubiera condena y que el proceso penal estaba pendiente. Pero el caso es que es así,

y evidentemente el Tribunal Supremo va a corregir el error tras la exposición, no solo de la jurisprudencia reiterada, sino de la normativa estatal y autonómica. De ahí la importancia de esta reciente sentencia, porque recuerda y actualiza los criterios más inatacables sobre los indicios de violencia, y nos ilustra, además, con el compendio legal que paso a reiterar: Se mencionan, por tanto, el artículo 233.11.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que establece que:

En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

El artículo 3.8 de la Ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra, norma que señala:

No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

- a) 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 progenitor o de los hijos o hijas.
- b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.

También el artículo 80.6 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, que dispone:

No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

También el artículo 11.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores norma:

No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

Tras una exposición sucinta de toda la doctrina a favor de la custodia compartida, que debe ser vista con normalidad y donde ni siquiera los desencuentros entre los padres son causa suficiente para denegarla, porque se entiende que si se separan o divorcian es precisamente por la falta de sintonía y de adecuada convivencia, siempre que la tensión no exceda de «un nivel superior propio al de situaciones de crisis matrimonial» (STS de 16 de octubre de 2014, rec. núm. 683/2013; 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio; 242/2018, de 24 de abril); una doctrina que damos por reproducida, debiendo orientar nuestra lectura para su conocimiento a la sentencia que estamos comentando; tras esa exposición, como decimos, el Tribunal Supremo se adentra en los motivos que tiene para revocar la sentencia de la audiencia, dando la razón a la de 1.ª instancia. Razones que se sustentan en la valoración de las circunstancias concurrentes.

La denegación de la guarda o custodia compartida se produce, en definitiva, por existir un proceso penal y por los indicios de violencia de género, luego constatados por la sentencia condenatoria. No hay meras desavenencias entre los progenitores, o excesos verbales e incidentes puntuales. El comportamiento del progenitor paterno ha sido prolongado en el tiempo y sancionado penalmente; se ha desarrollado delante de la hija, demostrando el menosprecio del padre hacia la madre, generándose un clima altamente negativo desde el punto de vista emocional y violento. Además, la sentencia condenatoria acuerda el alejamiento.

Todo ello impide aplicar la doctrina proclive a la guarda y custodia compartidas. Es por ello que la sentencia del Tribunal Supremo no pueda dejar de recordar la de n.º 350/2016, de 26 de mayo, en un caso de violencia doméstica, hemos señalado:

Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente (en el mismo sentido, la 23/2017 [NCJ062166], de 17 de enero).