



Roj: **STS 2727/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2727**

Id Cendoj: **28079110012023100994**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2023**

Nº de Recurso: **2591/2022**

Nº de Resolución: **984/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 31ª, 7-02-2022 ( rec. 4/2022),  
STS 2727/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 984/2023**

Fecha de sentencia: 20/06/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2591/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: A. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 31.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2591/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 984/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 20 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Sagrario , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Isabel Bermúdez Iglesias, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Obdulia Martínez Asensi, contra la sentencia n.º 10/2022, dictada por la Sección 31.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 4/2022, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 440/2019, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Pozuelo de Alarcón. Ha sido parte recurrida D. Nemesio , representado por el procurador D. Alberto Cardeña Fernández y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Bárbara San Pedro Blanco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Alberto Cardeña Fernández, en nombre y representación de D. Nemesio , interpuso demanda de divorcio contra D.<sup>a</sup> Sagrario , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] que declare el divorcio solicitado, incluyendo la condena en costas a la parte demandada, con los siguientes efectos:

"1.- Atribución de la guardia y custodia de la hija menor de edad del matrimonio, al padre, siendo compartida la patria potestad por ambos cónyuges, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio de los menores, obligándose ambos progenitores a adoptar de mutuo acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten a los hijos y, de modo especial, aquellas relativas a su salud, educación y formación. Cuando no pudieran ponerse de acuerdo los progenitores, acudirán a la decisión judicial.

"2.- La atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal, que es privativo de mi mandante, al esposo, en compañía de su hija.

"3.- A tenor de lo establecido en el artículo 93 y 142 y siguientes del Código Civil, se solicita en concepto de alimentos para la hija del matrimonio, la cantidad mensual de MIL DOSCIENTOS EUROS (1.200 EUROS), pagaderas por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, al ser menores de edad. Ha de señalarse que por alimentos no debe entenderse lo estrictamente indispensable, sino todo aquello que sea necesario para subvenir a las necesidades de los hijos. En atención a un principio de efectividad deberá ser incrementada su cuantía conforme a los índices que publique el INE relativos al IPC, de año en año, comenzando en enero de 2020.

"Que dicho pago sea desde la interposición de la presente demanda de conformidad con lo previsto en el artículo 148 CC.

"Que Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la menor, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis, ópticas o dentales o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el sistema público de Salud de la Seguridad Social o Entidad médica privada, serán sufragados por ambos progenitores al 50%, siempre que medie previa consulta de un progenitor al otro (salvo supuestos excepcionales urgentes en que ello no sea posible) sobre la conveniencia y procedencia del gasto y obtención de consentimiento y, en su defecto, requerirá autorización judicial.

"Los gastos relativos a actividades tanto escolares como extraescolares no expresamente previstos anteriormente serán abonados al 50% entre ambos.

"4.-Que como régimen de visitas de la madre con la hija del matrimonio que se determine el siguiente:

"Durante los periodos escolares. Un fin de semana alterno de cada dos, entendiéndose como fin de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta o el lunes entrega en el colegio.

"Igualmente, podrá estar en compañía de su hija dos tardes a la semana, que, a falta de acuerdo, serán los martes y los jueves, desde la salida del colegio hasta las 20:30 que les reintegrará al domicilio paterno.

"Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios los hijos, se considerará este periodo agregado al fin de semana, y, en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponde el repetido fin de semana.



"B) Durante las vacaciones escolares de Navidad y Verano, se repartirán la mitad de dichos períodos, correspondiéndole, a falta de otro acuerdo distinto entre los comparecientes, la primera mitad los años pares, y la segunda mitad los años impares a la madre y a la inversa al padre.

"- VACACIONES DE VERANO se entenderán divididas en cuatro periodos de quince días que corresponderían alternativamente al padre o a la madre. Todas las entregas durante los periodos de vacaciones se realizarán a las 20.00 horas.

"1º periodo del día 1 de julio al día 16 de julio

"2º periodo, del 16 de julio al 31 de julio

"3º periodo, del 31 de julio hasta el 15 de agosto

"4º periodo del 15 de agosto hasta el día 31 de agosto

"En caso de desacuerdo corresponderá en los años pares el primer y tercer periodo al padre y el segundo y cuarto a la madre, siendo a la inversa en los años impares.

"- Las VACACIONES DE NAVIDAD estarán divididas por mitad entre ambos progenitores; el primer periodo va desde el día en que se les concedan las vacaciones escolares hasta el mediodía del día 31 de diciembre y el segundo periodo, desde dicha fecha, hasta el día a que tengan que reincorporar a sus actividades escolares. En los años sucesivos se alternará el periodo que corresponde a cada uno de ellos, Todo ello a excepción del Día de Reyes que permanecerán con ambos progenitores de la siguiente forma, en el caso que estuvieran en compañía de la madre serán recogidos por el padre a las 19 horas hasta las 21 horas y si estuvieran con el padre estarán en compañía de la madre desde las 14 horas hasta las 21 horas que las reintegrará al padre.

"En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, corresponderán alternativamente los años pares al padre y los impares a la madre,

"C) DURANTE LOS PERIODOS DE VACACIONES se interrumpen las estancias de fines de semana señaladas en el apartado A).

"D) PARA FACILITAR CUALQUIER RELACIÓN CON LOS HIJOS, cuando los menores se encuentren con uno de sus padres, fuera de su domicilio habitual, dicho progenitor comunicará al otro el lugar de tal estancia, así como el número del teléfono.

"5.- En concepto de pensión compensatoria dado que ambos cónyuges tienen ingresos no se realiza petición alguna.

"6.- Dado que existe un evidente riesgo de sustracción de la menor habida cuenta de los reiterados incumplimientos efectuados por la madre se adopte la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa de ambos progenitores, así como la retirada del pasaporte y prohibición de expedición de uno nuevo, salvo acuerdo de ambos progenitores y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio de la menor.

"7.- Que se condene en costas a la demandada".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Pozuelo de Alarcón y se registró con el n.º 440/2019. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Ascensión de Gracia López Orcera, en representación de D.ª Sagrario, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] estime parcialmente la demanda dictando sentencia por la que se decrete la disolución del vínculo matrimonial por divorcio y revocación de cuantos poderes hubieran podido otorgarse entre sí, además de las siguientes medidas definitivas:

"a) Patria potestad

"La patria potestad seguirá siendo compartida por ambos progenitores, correspondiendo el ejercicio ordinario de la misma a aquel con quien en cada momento se encuentre la menor, siempre en vigilancia, interés y beneficio de la hija común. Por tanto, deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a la misma adopten en el futuro, así como todo aquello que, conforme al interés prioritario de la menor de edad, deban conocer ambos padres.

"De este modo, deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, dada la actual existencia de una prohibición de comunicación \_por parte del Sr. Nemesio a mi representada, para asuntos relevantes de la menor, como enfermedades, situaciones legales, temas escolares y educación, obligándose a respetarlo y cumplirlo.



"El progenitor al que en cada momento le corresponda estar en compañía de la menor, podrá adoptar decisiones, sin previa consulta, en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias poco trascendentales o rutinarias que, en el normal transcurrir de la vida de un menor pueden producirse, informando posteriormente de lo sucedido al otro progenitor.

"b) Guarda y custodia y régimen de visitas

"Sobre la base de la existencia de un procedimiento penal por violencia de género y un procedimiento penal por abusos sexuales a la menor, y en virtud del "favor filii", se mantendrá el régimen de guarda y custodia exclusiva materna en Alicante, suspendiéndose el régimen de visitas del progenitor con la menor hasta la conclusión de las diligencias penales abiertas contra el progenitor no custodio por violencia de género y abuso sexual a menores.

"De forma subsidiaria, y si su Señoría considera, a pesar de los perjuicios acreditados que le produce a la menor el contacto, incluso telefónico, con el padre, que no procede la suspensión del régimen de visitas, solicitamos que el régimen de estancia, comunicación y visitas a favor de don Nemesio con su hija Carla, consista en un sábado al mes, realizándose a través del Punto de Encuentro Familiar más cercano al actual lugar de residencia de la menor, desarrollando las visitas bajo supervisión de profesionales del centro, en el horario y con la duración que se considere más oportuna por dicha institución. Régimen a mantener hasta la conclusión de las diligencias penales abiertas contra el progenitor no custodio por violencia de género y abuso sexual a menores.

"c) Pensión de alimentos

"Dada la capacidad económica actual de ambos progenitores y las necesidades reales de la menor, se fijará una pensión de alimentos mensual de MIL DOSCIENTOS EUROS (1.200 ?), pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes y por anticipado, en la cuenta que indicará mi representada.

"El importe será actualizado con fecha de efectos de primero de cada año, conforme al Índice de Precios al Consumo que apruebe el Instituto Nacional de Estadística u organismo similar que en el futuro pudiera sustituirlo, siendo la fecha de la primera actualización el uno de enero de cada año.

"En cuanto a los gastos extraordinarios obligatorios que se devenguen en la vida de la hija común, entendiéndolos como tales los médicos sanitarios-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, ni el Seguro de Salud, tales como los de dentista, ortodoncista, oftalmológicos, psicólogos, psiquiatras, lentillas, vitaminas, vacunas y cualquier otro análogo, libros, mochilas y uniforme; serán abonados por ambos progenitores en un 60% por el padre y en un 40% por la madre.

"Lo mismo ocurrirá con los gastos extraordinarios no obligatorios, tales como campamentos, viajes de estudios, clases de idiomas, estudios en el extranjero, clases de apoyo o cualquier otro análogo, que también serán sufragados en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, previo acuerdo de su importe, todos ellos documentados fehacientemente.

"En caso de desacuerdo, se requerirá la aprobación judicial de los menores, a excepción de los gastos que revistan urgencia o necesidad o deriven de la recomendación de un profesional cualificado.

"Las partes se comprometen a que, a la hora de valorar la acometida de los gastos extraordinarios, se tendrá en cuenta siempre la conveniencia de los mismos para los menores y la situación económica de cada uno de los progenitores. En relación al previo acuerdo de los gastos extraordinarios no obligatorios, el progenitor lo comunicará al otro, a través de quien se considere oportuno, dada la existencia de una orden de protección a favor de doña Sagrario, que deberá contestar de la misma manera, en el plazo máximo de 5 días naturales. De no oponerse de manera expresa, se tendrá por consentido.

"d) Efecto retroactivo de la pensión de alimentos

"Habiendo cubierto mi representada prácticamente en exclusiva los gastos de la menor desde la salida del domicilio familiar, procede el pago de una pensión de alimentos de MIL DOSCIENTOS EUROS (1.200 0 con efecto retroactivo desde la interposición de la demanda, de conformidad con el artículo 148 del Código Civil.

"Además, se suplica la CONDENA EN COSTAS del demandante".

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Pozuelo de Alarcón dictó sentencia de fecha 23 de julio de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de Divorcio Contencioso interpuesta por la representación procesal D. Nemesio frente a Dña. Sagrario, y DECLARO la disolución del matrimonio contraído entre las partes el 15 de enero de 2011 en DIRECCION000, con los efectos legales inherentes a tal declaración.



"Asimismo, APRUEBO las siguientes medidas definitivas:

"1. La atribución de la guarda y custodia de Carla al padre, D. Nemesio, teniendo compartida la patria potestad con la otra progenitora, Dña. Sagrario, que deberá ser consultada en cuantos asuntos de interés se presenten en la vida de la menor como el cambio de domicilio, de escuela, o tratamiento médico.

"2. Se fija el siguiente régimen de visitas a favor de la madre, con carácter progresivo:

"a) Los primeros seis meses a partir de la fecha de esta Sentencia, las visitas tendrán lugar en el Punto de Encuentro Familiar más cercano al domicilio de la menor, siendo supervisadas las visitas por los profesionales de dicho organismo, y se producirán cada 15 días con la duración máxima de 2 horas que dicha institución permite.

"b) A los 6 meses del comienzo de las visitas supervisadas y solo en el caso de que existan informes favorables al respecto, se pasará durante un año a un régimen de visitas en los que la madre podrá disfrutar de la menor los fines de semana alternos, con cese de la supervisión, pero realizándose los intercambios en el Punto de Encuentro Familiar.

"c) Una vez transcurrido un año del periodo anterior y también previo informe favorable, se producirá la normalización del régimen de visitas entre la progenitora no custodia y la hija menor común, sin uso del Punto de Encuentro Familiar, consistiendo este régimen en fines de semana alternos con pernocta, con entrega y recogida de la menor en el centro escolar y mitad de las vacaciones escolares con cada progenitor, en los términos siguientes:

"c.1) Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20:00 horas, debiendo la madre entregar a la menor en el domicilio paterno o en el lugar que se indique a tal efecto, pudiendo efectuarse las entregas y recogidas tanto por los progenitores como por personas por ellos autorizadas. Los puentes y días festivos inmediatamente anteriores o posteriores a un fin de semana se unirán a éste y corresponderán al progenitor que ese fin de semana tenga a la menor.

"c.2) La mitad de las vacaciones escolares de verano, Semana Santa y Navidad, alternándose en las mismas ambos progenitores, a falta de acuerdo, de la siguiente forma:

"- La mitad de las vacaciones escolares estivales, que se dividirán en quincenas, alternándose en las mismas ambos progenitores, correspondiendo al padre los años pares desde el 1 de julio a las 10:00 horas hasta el día 15 de julio a las 20:00 horas, y desde el 31 de julio a las 20:00 horas hasta el 15 de agosto a las 20:00 horas, y a la madre desde el 15 de julio a las 20:00 horas hasta el 31 de julio a las 20:00 horas, y desde el 15 de agosto a las 20:00 horas hasta el 31 de agosto a las 20:00 horas, y a la inversa los años impares.

"- La mitad de las vacaciones de Navidad, de forma que los años pares corresponderá al padre desde las 10:00 horas del primer día festivo hasta el día 31 de diciembre a las 18:00 horas, y la madre desde ese momento hasta las 20:00 horas del día anterior al inicio de las clases, y a la inversa los años impares.

"- La mitad de las vacaciones de Semana Santa, de forma que los años pares corresponderá al padre desde las 10:00 horas del primer día festivo hasta el Miércoles Santo a las 20:00 horas, y la madre desde ese momento hasta las 20:00 horas del día anterior al inicio de las clases, y a la inversa los años impares.

"- Los intercambios en todos los periodos vacacionales se producirán siempre en el domicilio paterno. Después de los periodos vacacionales, el reinicio habitual del régimen de visitas de fines de semana alternos será con el progenitor a quien no le haya correspondido el último periodo de vacaciones. Cuando la menor deba viajar fuera de España acompañada de cualquiera de sus progenitores con motivo de los periodos vacacionales, cada uno de ellos deberá comunicarlo previamente al otro para realizar el viaje, con una antelación mínima de 15 días salvo acuerdo, debiendo informar de la localización de su hija. En ese caso, el progenitor que tenga en su poder el pasaporte o DNI de la menor lo habrá de facilitar o entregar al otro.

"- El día del cumpleaños de la menor, salvo acuerdo entre las partes en interés de ésta, el progenitor que no la tenga consigo podrá visitarla durante dos horas, a falta de acuerdo, desde las 18:00 hasta las 20:00 horas. Y el día del padre o de la madre, así como el día del cumpleaños de cualquiera de los progenitores, cuando el celebrante no tenga ese día atribuida la guarda de la menor, podrá tenerla en su compañía, recogiéndola a la salida del centro escolar y reintegrándola en casa del progenitor a quien corresponda la guarda a las 20:00 horas, o si fuere día festivo, recogiéndola en casa del otro progenitor a las 10:00 y reintegrándola a las 20:00 horas. El día de Reyes, 6 de enero, el progenitor que no tenga consigo a su hija podrá disfrutar de su compañía de 16:00 a 20:00 horas, recogiéndola y reintegrándola en el domicilio del otro.

"- En cuanto a las celebraciones familiares, incluyéndose bautizos, comuniones, bodas y cumpleaños de parientes cercanos de la menor (abuelos, tíos y primos), quien acuda a dicha celebración podrá tener a su hija





en su compañía a pesar de no corresponderle la guarda, siempre que lo comunique con 15 días de antelación, pudiendo pernoctar con dicho progenitor si la celebración fuera por la tarde. Si al mismo tiempo tuvieran ambos progenitores una celebración de las indicadas, tendrá preferencia quien tenga ese día atribuida la guarda de su hija.

"En cuanto al régimen de comunicaciones, no procede establecer un régimen cerrado y rígido, exhortándose a ambos progenitores para que permitan una comunicación padres-hija fluida y periódica. El padre o madre podrán telefonar a su hija y escribirle cuando esté en compañía del otro progenitor, sin que éste pueda impedir dicha comunicación, siempre que se realice en horario y forma lógica y razonable. Ninguno de los progenitores podrá impedir que su hija pueda escribir o telefonar a su padre o madre, siempre que se haga igualmente en horario y forma lógica y razonable. Si la menor se pusiera enferma o tuviera un accidente del que se derivara algún tipo de lesión, el progenitor que la tenga consigo deberá de comunicarlo inmediatamente al otro, teniendo este derecho a visitarla en el lugar en que se encuentre sin que el otro pueda oponerse.

"En lo referente a comunicaciones entre los progenitores modificando el régimen aquí expuesto, podrán realizarse por correo electrónico, SMS, WhatsApp, o cualquier otra forma escrita que permita tener constancia de que se ha realizado la comunicación y del contenido de ésta, sin perjuicio de que las partes puedan acordar, también por escrito, que desean utilizar una comunicación verbal.

"3. Se acuerdan las siguientes intervenciones y seguimiento por distintos organismos del cumplimiento y evolución de las medidas fijadas en la presente resolución:

"3.1. Que la progresión a cada una de las fases indicada se adopte previo informe favorable del Punto de Encuentro Familiar en el que se produzcan las visitas e intercambios, así como del Equipo Específico de Intervención con Infancia y Adolescencia del Ayuntamiento de Alicante. Así, ambos organismos deberán emitir informes trimestrales al equipo psicosocial y, únicamente en el caso de que dichos informes sean favorables, podrá pasarse a la siguiente fase de este sistema de carácter progresivo.

"3.2. El progenitor custodio, D. Nemesio , deberá acudir al Centro de Apoyo y Encuentro Familiar de la Comunidad de Madrid, a los efectos de que le proporcionen el apoyo y pautas necesarias para facilitar la reanudación de la relación con su hija, así como el asesoramiento en la gestión con la menor de las visitas materno-filiales. También se acuerda la supervisión del desarrollo de la nueva organización familiar por parte de los Servicios Sociales de DIRECCION000 , en los términos indicados en el citado informe, y debiendo remitir sendos organismos también informes trimestrales.

"3.3. Se acuerda respecto de la figura materna, que Dña. Sagrario acuda al Equipo Específico de Intervención con Infancia y Adolescencia del Ayuntamiento de Alicante, al objeto de trabajar los factores de riesgo detectados en el contexto materno y facilitar así que la madre integre a la figura paterna en el proceso de crianza y educación de su hija, debiendo remitir dicho organismo también informes trimestrales.

"3.4. Para el mejor cumplimiento y desarrollo de todo lo expuesto, se acuerda la supervisión de las medidas acordadas por parte del Equipo Psicosocial de los Juzgados de Majadahonda, en colaboración con los organismos indicados. En tal sentido, el Punto de Encuentro Familiar, los Servicios Sociales de DIRECCION000 , Centro de Apoyo y Encuentro Familiar de la Comunidad de Madrid, y el Equipo Específico de Intervención con Infancia y Adolescencia del Ayuntamiento de Alicante informarán trimestralmente al equipo psicosocial sobre la marcha y desarrollo de la custodia y visitas vigentes en cada momento, y si el equipo psicosocial lo considera pertinente, podrá convenir con las partes introducir los cambios que considere oportunos, y en defecto de acuerdo, introducir por sí mismo las modificaciones que estime pertinentes en interés de la menor, incluso solicitar el auxilio judicial en caso de urgencia para la niña, o instar del Juzgado los cambios pertinentes si supusieran una modificación sustancial que contraviniera lo acordado en esta Sentencia. A tal fin, líbrese oficio dirigido a los referidos organismos, con copia de la presente resolución.

"4. La madre ingresará al padre en concepto de alimentos a favor de la hija menor Carla , la cantidad mensual de 200 euros, por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, en la cuenta corriente o de ahorro que señale el padre. Esta cantidad se actualizará anualmente conforme a la evolución del Índice de Precios al Consumo que señale el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

"Se pagarán por ambos progenitores, en un 65% el padre y en un 35% la madre, todas las matrículas, actividades escolares, extraescolares, excursiones consentidas por ambos progenitores, comedor, uniformes, zapatillas y chándales escolares -en su caso-, y siempre que no sean de escasa cuantía, los libros, material escolar, y gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por Seguridad Social ni seguro privado, así como el propio seguro privado si así lo consienten ambos progenitores, además de cualesquiera otros gastos extraordinarios.

"En este sentido, conviene recordar que se entiende por gastos extraordinarios aquellos de carácter imprevisto o excepcional, teniendo en ocasiones una cuantía considerable, por lo que no pueden incluirse en los gastos ordinarios cotidianos (que se incluirían en la pensión ordinaria) y tampoco deben ser estos gastos extraordinarios costeados por uno solo de los progenitores. Sin embargo, no pueden incluirse entre los gastos extraordinarios ni aquellos que se estén ateniendo, ni los periódicos y previsibles, aunque sus importes no sean regulares. Por el contrario, deben considerarse como gastos extraordinarios los no periódicos e imprevisibles (como los gastos médicos, odontológicos o farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o el seguro privado o las actividades escolares o universitarias que no sean periódicas y previsibles al tiempo de fijar la contribución de los progenitores).

"El pago en la proporción fijada de los gastos extraordinarios no requiere acuerdo entre los progenitores cuando sean de carácter necesario, siendo suficiente en este caso una simple comunicación al otro progenitor. Sin embargo, esto no impide que el progenitor que los pague pueda recabar previamente la conformidad del otro, para evitar litigios innecesarios entre las partes y, en última instancia, que en el incidente del art. 776. 4º de la LEC o en el de oposición a la ejecución, pueda resolverse en contra de la condición de necesarios. Por su parte, los gastos no necesarios (esto es, realizados de forma optativa y libre), requieren del acuerdo entre las partes o autorización judicial y, en su defecto, correrán a cargo de quien los realice.

"Para sufragar todos o algunos de los gastos a los que deben de hacer frente ambos progenitores en la referida proporción podrán, si así lo estiman de común acuerdo, abrir una cuenta bancaria conjunta. En tal caso, se hace constar que cualquier administración indebida de la cuenta común o utilización incorrecta de sus importes puede conllevar la supresión de las autorizaciones correspondientes -previa solicitud-, las medidas ejecutivas concretas para reponer lo indebidamente utilizado, o incluso ser constitutiva de delito de apropiación indebida. Ambos progenitores deberán tener las autorizaciones oportunas para gestionar y controlar la cuenta, con rendición periódica mutua de los gastos que se realizan con la misma.

"No se hace especial condena en costas".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Sagrario .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 31.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 4/2022, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de febrero de 2022, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la Procuradora Sra. Bermúdez Iglesias, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Sagrario , contra la sentencia dictada el día 23 de julio de 2021, en el procedimiento de Divorcio Contencioso, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pozuelo de Alarcón, con el nº de autos 440/2019, del que el presente rollo dimana, y en consecuencia confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin hacer expresa imposición de cosas a ninguna de las partes".

#### **TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora M.<sup>a</sup> Isabel Bermúdez Iglesias, en representación de D.<sup>a</sup> Sagrario , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero

"Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.4 de la LEC se interpone recurso por haberse vulnerado los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución, en concreto, el derecho a un proceso con todas las garantías por infracción de los principios de inmediación y contradicción, y el derecho a la tutela judicial efectiva, produciendo indefensión.

"Segundo.

"Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.4 de la LEC se interpone recurso por haberse vulnerado los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución, en concreto, el derecho a un proceso con todas las garantías por y el derecho a la tutela judicial efectiva, con infracción del artículo 10.2 de la LOPJ y del artículo 40 de la LEC.

"Tercero.

"Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.4 de la LEC se interpone recurso por haberse vulnerado los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución, en concreto, el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva. Falta de motivación de la sentencia".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.

"Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 92.7 en su redacción dada por la L.O. 8/2021, de 4 de junio, por inaplicación o aplicación incorrecta de dicho precepto.

"Segundo.

"Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 94 en su redacción dada por la L.O. 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, por inaplicación o aplicación incorrecta de dicho precepto.

"Tercero.

"Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 92.6 en relación con el artículo 770 de la LEC, artículo 11 de la L.O 8/2021, de 4 de junio, y el artículo 12.2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño respecto al derecho a los menores a ser oídos y escuchados.

"Cuarto.

"Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia infracción del artículo 92.5 6, 7, 9 del Código Civil respecto a que las decisiones judiciales que afecten a los menores deben ser tomadas respetando el interés superior de los mismo".

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 26 de octubre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.ª Sagrario contra la sentencia dictada con fecha de 7 de febrero de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 31.ª), en el rollo de apelación n.º 4/2022, dimanante del juicio de divorcio n.º 440/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Pozuelo de Alarcón.

"2º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

"Contra esta resolución no cabe recurso".

**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. Y el Ministerio Fiscal emitió el correspondiente informe.

**4.-** Por providencia de 19 de enero de 2023 se nombró ponente al que lo es en este trámite, y por resolución de 24 de enero del presente se acordó dar traslado a la parte recurrente para alegaciones sobre los hechos puestos de manifiesto con el escrito de oposición, y a ambas partes litigantes sobre el escrito presentado por el Ministerio Fiscal, en particular, sobre qué persona podría asumir la custodia de la menor; traslado que fue evacuado por las representaciones procesales de la Sra. Sagrario y del Sr. Nemesio, conforme puede verse en las actuaciones.

Por providencia de 17 de febrero de 2023 se dio traslado de los escritos presentados por las partes al Ministerio Fiscal, que formuló las alegaciones que consideró oportunas mediante el correspondiente escrito.

**5.-** Mediante resolución de 31 de marzo del presente se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 30 de mayo de 2023, dictándose providencia en esa misma fecha por la que se acordó, con suspensión del plazo para dictar sentencia, la citación de D.ª Adriana, tía de la menor, para aceptación de la custodia temporal de dicha menor, quien compareció a tales fines el día 6 de junio de 2023, aceptando la custodia temporal se su sobrina.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente proceso partimos de los siguientes antecedentes relevantes.

**1º.-** Por la representación procesal de D. Nemesio se interpuso, el 19 de marzo de 2019, una solicitud de medidas previas a la demanda de divorcio frente a su esposa D.ª Sagrario. En ella postuló, entre otras medidas,





la custodia compartida de la hija menor del matrimonio, nacida el NUM000 de 2015. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Pozuelo de Alarcón.

Por su parte, el 16 de abril del mismo año, la Sra. Sagrario presentó, también, petición de adopción de medidas previas, interesando la custodia materna y un régimen de visitas a favor del padre en un punto de encuentro familiar.

Acumulados ambos procedimientos, se celebró comparecencia el 5 de junio de 2019, en cuyo desarrollo las partes modificaron sus iniciales pedimentos. El padre solicitó la custodia exclusiva de la menor, al impedir la madre todo contacto con su hija, y aquella que no se fijasen visitas de la niña con su padre, al hallarse incurso en un procedimiento penal por abusos sexuales a la pequeña.

Seguido el procedimiento, por todos sus trámites, se dictó auto de 7 de junio de 2019, en el que se 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. No obstante, se estableció un régimen de visitas a favor del padre consistente en fines de semana alternos y dos tardes entre semana. Para ello se tuvo en cuenta que el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pozuelo, en el que se investigaban los presuntos abusos, había denegado hasta en dos ocasiones (febrero y mayo de 2019) la prohibición de aproximación del padre a la hija solicitada por la madre, al no apreciarse riesgo para la menor, y en función de que no se apreciaban indicios, tras la celebración de la vista civil, de esos supuestos abusos.

2º.- Con fecha 12 de julio de 2019, el Sr. Nemesio presentó demanda de divorcio, que se tramitó bajo el n.º 440/2019, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción y Violencia sobre la Mujer n.º 2 de Pozuelo de Alarcón.

En la demanda se alegó que el matrimonio se encontraba separado de hecho, desde el 21 de febrero de 2019, en que la Sra. Sagrario manifestó sus sospechas de que el padre podría estar abusando sexualmente de la hija común. Las precitadas sospechas determinaron la incoación de las diligencias previas 111/2019 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pozuelo de Alarcón. El Juzgado denegó la orden de protección solicitada por auto de 21 de febrero de 2019 y, posteriormente, en mayo de 2019, al no apreciar situación de riesgo.

Se señalaba también en la demanda que D.ª Sagrario había denunciado al demandante por violencia de género, procedimiento en el que se dictó auto de fecha 21 de marzo de 2019, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 3 de Pozuelo de Alarcón, acordando la prohibición de aproximación y comunicación de D. Nemesio a su esposa, y estableciéndose un régimen de visitas de la hija común con el padre de fines de semana alternos, a pesar de lo cual la madre venía impidiendo todo contacto de la niña con el padre, desde abril de 2019. Por tal razón el padre instó la ejecución del auto de medidas previas, para posteriormente presentar denuncia, en junio de 2019, contra D.ª Sagrario por sustracción de la menor.

La Sra. Sagrario se opuso a la demanda. Alegó, en su contestación, el maltrato familiar sufrido por la demandada, así como, indirectamente, por su hija, amén de los abusos sexuales a los que el padre habría sometido a la menor, solicitando la custodia exclusiva, y la denegación de todo régimen de visitas paternofiliales de conformidad con lo dispuesto en los arts. 92.7 y 94 CC.

Convocados a la vista correspondiente ambas partes estuvieron conformes en que la patria potestad fuera compartida, no así con respecto a las otras medidas definitivas solicitadas. D.ª Sagrario instó la guarda y custodia exclusiva y la suspensión del régimen de visitas hasta la conclusión de los procedimientos penales abiertos contra el padre.

En el mismo sentido, se pronunció el Ministerio Fiscal, interesando, en caso de que se produjese su archivo, un régimen de visitas progresivo con informes periódicos y supervisión por un punto de encuentro familiar.

El procedimiento de divorcio concluyó por sentencia de 23 de julio de 2021, en la que la juzgadora *a quo* acordó la atribución de la guarda y custodia de la menor al padre, siendo la patria potestad compartida, así como fijando un régimen de visitas progresivo a favor de la madre, inicialmente supervisado por el PEF.

En su extensa fundamentación jurídica se partió de la base de la improcedencia de fijar una guarda y custodia compartida, al hallarse el padre incurso en un proceso penal de violencia de género. Se consideró que, en el procedimiento de medidas previas, se había fijado la custodia materna de la menor en atención a su mayor disponibilidad para el cuidado de niña, su corta edad, y su mayor dedicación a tal cometido; no obstante, se fijó un régimen de visitas a favor del padre, toda vez que se había desestimado, en sendas ocasiones, la fijación de una orden de alejamiento del padre en el proceso penal por abusos de la niña.

Sin embargo, desde el dictado de dicho auto se constata un comportamiento obstaculizador de la madre para que el padre pudiera comunicarse con su hija, lo que de hecho impidió el contacto de la niña con su progenitor.



Se aporta, por la demandada, el informe elaborado por dos psicólogas conforme al cual aconsejaban la custodia materna y la suspensión del régimen de visitas a cargo del padre. La juzgadora no acepta dichas conclusiones al tratarse de un informe de parte, y no hallarse completo, toda vez que no contaba con la exploración y valoración del demandante. Por otra parte, dicho informe entraba en patente y abierta contradicción con el elaborado por el psicólogo del equipo técnico de los juzgados, así como con la existencia de antecedentes psiquiátricos de la demandada, previos a la relación con el actor.

En la sentencia se contenía, entre otros, el argumento siguiente:

"Sin embargo, es importante señalar, en relación con lo manifestado por el perito, que la madre ha impedido al padre ver a su hija durante los dos años que ha durado el proceso judicial, como ella misma ha reconocido en el acto de la vista y como así se deduce del conjunto de la prueba existente en el procedimiento, habiendo manifestado el padre en el juicio que lleva sin ver a su hija desde el 11 de mayo de 2019. Así, esta actitud de obstaculización supone un riesgo para la menor, como se ha dicho, no solo porque se impide el contacto entre padre e hija, sino también por la influencia negativa que la madre está generando en su hija. Así, el perito afirmó en el acto de la vista que los recuerdos de la menor estaban contaminados, indicándose en su informe que existía una "alta probabilidad de consolidar una falsa memoria respecto de la supuesta situación de victimización sexual denunciada".

"Este riesgo para la menor coincide también con lo manifestado en el Auto de sobreseimiento provisional anteriormente citado, en el cual la Magistrada concluye como la excesiva sobreexposición de la menor a exámenes médicos y psicológicos por la madre, están provocando en la misma una victimización de la menor que afecta gravemente a su equilibrio emocional, verosimilitud y veracidad, dando por reproducidos en este sentido todos los argumentos de dicho Auto, que confirman los riesgos expuestos por el perito en el acto de la vista.

"Además, la actitud de la demandada de seguir sometiendo a la menor a continuos exámenes y valoraciones médicas o psicológicas se ha puesto también de manifiesto en el presente procedimiento, por cuanto a través de su representación propuso como prueba otro dictamen pericial de carácter psicológico (existiendo otros dos más en el presente proceso, además de los ya valorados en los procedimientos penales), que indican como nuevamente ha expuesto a la menor a experiencias relacionadas con los supuestos abusos sexuales y que pueden conducir a que se lleve a efecto la falsa memoria y victimización de la menor alertada ya por el perito D. Samuel en su informe".

**3º.-** La representación de la Sra. Sagrario interpuso recurso de apelación por infracción, además de preceptos de carácter procesal, de los arts. 92.7 y 94 CC, al haberse otorgado la custodia al padre a pesar de estar incurso en procesos penales por delitos previstos en dichos artículos. El recurso fue desestimado íntegramente por sentencia de 7 de febrero de 2022 de la sección 31.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se aceptó los razonamientos contenidos en la resolución de primera instancia.

**4º.-** En fecha 11 de marzo de 2022, la representación procesal de la Sra. Sagrario interpuso recurso de casación, así como extraordinario por infracción procesal contra la citada sentencia.

**5º.-** En su escrito de oposición al recurso de casación se aportó, por el demandante, el auto 293/2022, de 29 de marzo, de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el que se confirmó el auto de sobreseimiento de 12 de marzo de 2021, dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Pozuelo de Alarcón, en la causa seguida al Sr. Nemesio, por delito de abusos sexuales en la persona de su hija.

En el precitado auto, el tribunal provincial hizo expresa referencia a que la titular del juzgado llevó a efecto un análisis minucioso, objetivo e imparcial de todas las diligencias de prueba practicadas, y se razona que "se ha recibido declaración a los peritos y facultativos que han tratado a la menor y sus testimonios, lejos de confirmar la existencia de un posible abuso, han destacado la actitud de la madre en presencia de su hija".

Contra dicha resolución se presentó por la madre recurso de amparo, cuya admisión a trámite no consta.

**6º.-** Por auto de 17 de marzo de 2022, dictado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Pozuelo de Alarcón, en procedimiento abreviado 228/2019, se acordó la apertura del juicio oral contra el demandante, en este proceso, D. Nemesio, por los delitos que le fueron imputados por las partes acusadoras.

En dicha causa, el Ministerio Fiscal acusa al Sr. Nemesio : a) por un delito de maltrato psicológico habitual del art. 173.2 y 3 del Código Penal; y b) dos delitos de maltrato familiar, previsto y penado en el art. 153.1 y 3 del CP, solicitando una pena de 3 años de prisión por el primero y 12 meses de prisión por cada uno de los segundos, así como prohibición de aproximación y comunicación por tiempo de 5 y 3 años, respectivamente.



Por su parte, la acusación particular de la Sra. Sagrario acusa al demandante por: a) un delito de malos malos maltratos psicológicos habituales del art. 173.2 y 3 del Código Penal; b) seis delitos de maltrato familiar del art. 153.1 y 3 del CP; y c) un delito continuado de amenazas del art. 169.2 en relación con el art. 74 del Código Penal.

**7º.-** En las diligencias previas 892/21, seguidas contra D. Nemesio, en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 2 de Alicante, se formuló escrito de acusación por el Ministerio Fiscal, en fecha 12 de febrero de 2022, por delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género del art. 171.4 CP, al haber realizado una llamada telefónica, el 29 de julio de 2021, a la madre de D.ª Sagrario, en la que habría manifestado "Soy Nemesio, voy a por Carla, dime dónde está, ahora están muertas", solicitando una pena de 9 meses de prisión y prohibición de aproximación y de comunicación con la Sra. Sagrario por dos años y seis meses.

**8º.-** Constan abiertas contra la madre las diligencias previas 137/2022 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Pozuelo, incoadas el 10 de abril de 2022, por delito de desobediencia, dictándose una orden de búsqueda, detención y presentación por auto de 11 de noviembre de 2022.

En las diligencias previas 643/22 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Alicante, incoadas contra la Sra. Matilde, el 5 de abril de 2022, por sustracción de menores, consta otra orden de búsqueda, detención y presentación, y, desde el 2 de septiembre de 2022, hasta seis dictámenes del Ministerio Fiscal por los que no se opone a diferentes diligencias de investigación en orden a la localización de la Sra. Sagrario.

Actualmente, la madre se encuentra en paradero desconocido, al haberse ausentado con su hija, con posibilidad incluso de encontrarse en el extranjero.

**9º.-** Dado el contexto procesal en que se ven inmersos ambos progenitores, así como la pésima relación existente entre ellos, por el Ministerio Fiscal se entiende que se está sometiendo a la menor -cuyo paradero y circunstancias actuales se desconocen- a una delicada situación que podría reclamar soluciones excepcionales, que neutralicen el daño que se está causando a la niña por la situación a la que se ha visto abocada, lo que requiere la búsqueda de una alternativa a la guarda paterna o materna, en tanto en cuanto se resuelven dichos procedimientos judiciales, y se restituyen las condiciones para que los progenitores, o alguno de ellos, puedan asumir la custodia de la menor en condiciones de proporcionarle un entorno estable y seguro, que garantice su desarrollo integral.

En este sentido, apoya su petición en el art. 103.1 II del CC, que prevé la atribución provisional de la custodia a los parientes u otras personas que así lo consintieren, y cita las SSTS 492/2018, de 14 de septiembre, 679/2013, de 20 de noviembre, 47/2015, de 13 de febrero y 582/2014, de 27 de octubre, en supuestos en los que los padres no podían o no debían asumir la guarda.

Por ello, el Ministerio Fiscal consideró conveniente que se oyese a las partes acerca de la persona que considerarían más idónea para ostentar, provisionalmente, la custodia de la menor, en caso de que fuera preciso adoptar dicha medida en protección de su interés superior, dadas a las singulares circunstancias que concurren en el supuesto de autos.

**10º.-** Por esta sala, se acordó oír a las partes al respecto, las cuales evacuaron el traslado conferido.

La representación jurídica de la madre entiende que la situación a contemplar era la existente al tiempo de interposición del recurso de casación. Sostuvo que, en cualquier caso, contra el auto de sobreseimiento de la causa por abusos sexuales formuló recurso de amparo, así como que respecto a la persona que podría asumir provisionalmente la custodia de la niña la más indicada sería la abuela materna con la que la menor ha convivido tras su traslado a Alicante con autorización judicial, habida cuenta del pleno arraigo familiar y social que cuenta con ella.

**11º.-** La representación del Sr. Nemesio consideró, insistiendo en la confirmación de la sentencia recurrida, como personas más adecuadas para asumir, temporalmente, el cuidado de la niña, el abuelo paterno de la menor, que convivió con ella durante un año, catedrático de universidad y doctor en psicología; o su hermana, médica de profesión, que tiene una hija, prima de la menor, de la misma edad, con la que siempre mantuvo una excelente relación. Dichos familiares cuentan con habitación para la niña y están dispuestos a asumir temporalmente su cuidado y cumplir con las resoluciones judiciales. Se opone a que se designe a los abuelos maternos, con aportación documental de los comentarios que D.ª Marisol, abuela materna, viene efectuando, tanto en prensa como en radio y televisión, apoyando la causa de su hija, y cuestionando el proceder de la justicia y de los equipos psicosociales.

**12º.-** El Ministerio Fiscal, interesó la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

Con respecto al recurso de casación sostiene que la prohibición del art. 92.7 del CC a la custodia compartida, cuando uno de los cónyuges se encuentre inserto en un procedimiento de violencia de género, se debe extender a los casos de custodia exclusiva, como así resulta de una interpretación lógica del precepto y se establece



en la legislación autonómica, también resulta de lo dispuesto en el art. 94 CC, en su nueva redacción, dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, tras la modificación introducida en el delito de sustracción de menores por la LO 8/2021, de 4 de junio, el apartado 2.º del art. 225 bis del CP queda redactado como sigue: "2. A los efectos de este artículo se considerará sustracción: 1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa", teniendo aparejada además de la pena de prisión, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años; y que el art. 57 CP dispone que, en caso de condena por los delitos contra las relaciones familiares, entre otros, se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48, esto es, "la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal [...] quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena".

Analiza el Ministerio Público, a continuación, la situación procesal de ambos progenitores, de la manera siguiente:

Por lo que respecta al Sr. Nemesio, su situación procesal, la naturaleza y reiteración de las conductas de maltrato que se le imputan -por las que el Ministerio Fiscal le solicita hasta un total de 5 años de prisión y prohibición de comunicación- así como la más que previsible ruptura del vínculo de la menor con el padre, habida cuenta de que, cuando perdió toda comunicación con el mismo, en febrero de 2019, contaba con 4 años de edad, y su probable percepción del mismo como alguien que le ha hecho daño al haber vivido durante los últimos cuatro años en la exclusiva compañía de su madre, que se encuentra íntimamente convencida de que así ha sido hasta el extremo de desaparecer con la menor, son circunstancias que hacen inviable la atribución de la custodia al progenitor paterno, por no compadecerse dicha medida con la salvaguarda del interés superior de la menor en el momento presente.

También las circunstancias concurrentes descartan la idoneidad de la custodia materna, al haberse visto agravadas con la actuación posterior de D.<sup>a</sup> Sagrario las razones, extensamente argumentadas en las sentencias de primera instancia y apelación, que motivaron el cambio de custodia, fundamentalmente el incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos por resolución judicial, privando a la menor de su derecho a relacionarse con su familia paterna, y el daño psicopatológico que puede ocasionar a la niña el crecer bajo la convicción de que su padre ha abusado de ella. La Sra. Sagrario continúa en busca y captura, desconociéndose el paradero y las circunstancias en que se encuentra la menor, que ha sido desarraigada, por vía de hecho, de su entorno familiar y social, desde marzo/abril de 2022.

En definitiva, la consideración prioritaria del interés superior de la menor, a la luz de la singularidad de las circunstancias concurrentes, impone la búsqueda de una solución alternativa a la custodia de los progenitores de carácter excepcional. En este sentido dictamina la Fiscal que:

"Se considera que la Sra. Nemesio, tía de la menor, es la persona más idónea para proporcionar a la niña un entorno estable y seguro al que pueda adaptarse con cierta facilidad, dada la previa relación existente de Carla con sus dos hijos, una de las cuales es de su misma edad, que dispone de espacio habitacional en su vivienda, según manifiesta el recurrente y no consta que, por su implicación en los litigios existentes entre los progenitores, pueda obstaculizar la relación con la madre. De hecho, D.<sup>a</sup> Adriana, ya aparecía designada en la demanda como persona de apoyo al demandante, junto con su padre, para el cuidado de la menor, en el caso de que le fuera atribuida su custodia al padre, al vivir en la misma zona y tener horarios perfectamente compatibles con el de la menor, aportando, al efecto, cartas manuscritas por ambos, manifestando su disposición a ayudar al padre en el cuidado de su nieta y sobrina, respectivamente, si así fuera necesario (documentos 10 y 11 de la demanda)".

Interesa la Fiscal que dicha medida deberá ser objeto de seguimiento y revisión por el Juzgado, en un plazo no superior a tres meses, para comprobar su adecuación con el superior interés de la menor, debiendo el juzgado determinar, en ejecución de sentencia, el sistema de visitas con los progenitores, alimentos, gastos y medidas derivadas.

En conclusión, la Fiscal interesa la estimación parcial del recurso de casación interpuesto para que, con asunción de la instancia, se acuerde, como medida excepcional, al amparo del art. 103.1 II del Código Civil, la atribución de la custodia de la hija menor del matrimonio a la tía paterna D.<sup>a</sup> Adriana, si así lo consintiere, debiendo el juzgado determinar, en ejecución de sentencia, el sistema de visitas con los progenitores, alimentos, gastos y medidas derivadas. Todo ello, sin perjuicio del derecho de los progenitores a





instar la oportuna modificación de medidas, si se restituyen las condiciones para que éstos, o alguno de ellos, pueda asumir la custodia de la menor en condiciones que garanticen el adecuado ejercicio de los deberes de protección que les corresponden.

### **El recurso extraordinario por infracción procesal.**

#### **SEGUNDO.- Examen del recurso**

##### **2.1 Los motivos del recurso.**

El recurso se articula en tres motivos.

El primero de ellos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración de derechos fundamentales, en concreto, el derecho a un proceso con todas las garantías, por infracción de los principios de inmediación y contradicción, y el derecho a la tutela judicial efectiva, produciendo indefensión.

En su desarrollo, se alega que se ha prescindido de los principios de inmediación y contradicción, al no haberse valorado la prueba relativa a la existencia de los denunciados abusos sexuales, ni sobre los malos tratos habituales y amenazas, habiéndose limitado la sentencia a valorar las pruebas practicadas en otros procedimientos.

El segundo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.º de la LEC, por haberse vulnerado los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución, en concreto, el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva, con infracción del artículo 10.2 de la LOPJ y del artículo 40 de la LEC.

En este motivo se señala que, al existir procedimientos penales abiertos, la única decisión posible es denegar la guarda y custodia paterna en tanto en cuanto no se resuelvan por resolución firme.

Por último, al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.º de la LEC, por haberse vulnerado los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución. En concreto, el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia.

Ello es debido a que no se hace referencia alguna a la existencia de un procedimiento abreviado abierto contra el padre número 228/2019, del Juzgado de Instrucción número 2 de Pozuelo de Alarcón.

##### **2.2 Consideración previa a los motivos del recurso**

Antes de analizar los referidos motivos de infracción procesal, es necesario dejar constancia de que nos hallamos ante un procedimiento de familia, regulado en el libro IV de la LEC, al que es de aplicación lo dispuesto en el art. 752 de la LEC. En tales casos, la especial naturaleza de las pretensiones ejercitadas determina, como señalamos en la sentencia 281/2023, de 21 de febrero, que los juicios de dicha clase sean:

"[...] tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior ( arts. 10.1 y 39 CE), se sustancian con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas ( art. 752 LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción.

"En efecto, comoquiera que las relaciones y comportamientos humanos no son estáticos, sino dinámicos, no pueden ser ignorados acontecimientos ulteriores u otros hechos que afecten a la resolución del caso, so pena de vulnerarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Es, por ello, que cabe, en estos juicios del Libro IV de la LEC, el acopio y consideración judicial de nuevos datos trascendentes para tomar la decisión que sea más adecuada en la delicada misión de velar por los intereses preferentes de los menores.

"A esta finalidad responde el art. 752 de la LEC que, bajo el epígrafe "prueba", contiene una específica regulación, que excepciona el régimen procesal ordinario de los juicios declarativos en una pluralidad de aspectos, que tienen su justificación en las peculiaridades del derecho material o sustantivo que constituye su objeto, relativos a la preclusión de las alegaciones, a la iniciativa probatoria del Juez, a la conformidad explícita o implícita con respecto a los hechos, a la fuerza legal probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los privados reconocidos.

"Así, con relación al régimen de preclusión de las alegaciones que, en los procesos dispositivos, se concentra en demanda, contestación, reconvenición y oposición a ésta, sin perjuicio además de las alegaciones complementarias de la audiencia previa, o de los hechos nuevos o de nueva noticia ( arts. 286, 400.2, 412 y 426 LEC), el art. 752.1 LEC establece la regla de que "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".





En este sentido, en la exégesis de tal precepto, la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, ha establecido que:

""Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado ( STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2)", tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad".

Lo expuesto significa que la situación a contemplar es la existente al tiempo de dictarse sentencia. Implica la valoración de las pruebas documentales aportadas por las partes, en tanto en cuanto incorporadas al proceso para advertir de las nuevas circunstancias concurrentes. Exige tener en cuenta las ulteriores alegaciones efectuadas por las partes de las que se dio el traslado a la otra para garantizar la contradicción. En definitiva, no rige el principio de litispendencia, como si de una fotografía se tratase, que congelase en el tiempo la imagen o el estado de cosas existentes al momento de presentarse la demanda, sino el escenario a valorar es el concurrente al tomar la decisión de la controversia sometida a consideración judicial. En virtud de las premisas expuestas, abordamos la resolución de los motivos del recurso interpuesto.

### **2.3 Examen del primero de los motivos de infracción procesal**

Se queja la recurrente de que no se ha valorado la prueba concerniente a la existencia de las causas penales seguidas contra el demandante, y no practicada prueba sobre ellas, lo que implica haber atentado contra el principio de inmediación del art. 137 de la LEC.

No podemos aceptar este motivo.

En primer lugar, el testimonio de las actuaciones penales constituye prueba documental sobre los hechos investigados. Con respecto a los abusos sexuales baste con tener en cuenta los autos de sobreseimiento dictados, tras la práctica de una abundante prueba, tanto por el juzgado de instrucción como posteriormente por la audiencia provincial, sin que se apreciaran indicios de criminalidad contra el demandante.

En relación con las causas abiertas por violencia doméstica y de género, tal circunstancia constituye un elemento a valorar a la hora de dictar sentencia, y máxime cuando existe escrito de acusación y auto de apertura del juicio oral. La no consideración de tales hechos, pendientes de enjuiciamiento, conforma un motivo de casación, como el formulado por la parte recurrente, y no de lesión del principio de inmediación, que exige del juez que presida la práctica de la prueba pero que no le veda valorar, como prueba documental, las actuaciones procedentes de otros órdenes jurisdiccionales.

### **2.4 Examen del segundo motivo de infracción procesal**

Se señalan como vulnerados los arts. 10.2 LOPJ y 42 de la LEC.

Conforme al primero de los mentados preceptos, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente; por consiguiente, en el proceso civil, cabe apreciar la existencia de episodios o indicios de violencia de género para obtener las oportunas consecuencias.

Es más, sobre tal base se construye actualmente la proposición normativa de los arts. 92.7 y 94.4 del CC, sin necesidad de esperar a la clausura del procedimiento criminal, que dejaría, mientras tanto, sin resolución judicial las medidas personales y patrimoniales que deben pronunciarse para regular las relaciones conyugales o de pareja, lo que supondría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, que impone dar una respuesta pronta y motivada a las consecuencias civiles derivadas de las crisis familiares, que no pueden quedar en la nebulosa de la incertidumbre o del hecho consumado.

El art. 40 de la LEC, regulador de la prejudicialidad penal, condiciona la suspensión del proceso civil a que los hechos de apariencia delictiva fundamenten las pretensiones de las partes y además de forma decisiva.

En este caso, la pendencia del proceso criminal no impide adoptar los correspondientes pronunciamientos civiles sin necesidad de esperar a la clausura provisional o definitiva del proceso criminal, toda vez que basta apreciar si alguno de los litigantes se encuentra incurso en un proceso penal ponderando las circunstancias concurrentes o, incluso, cuando el juez civil advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios de violencia doméstica o de género para adoptar las decisiones procedentes en el proceso civil ( arts. 94 IV y 92.7 CC).

No concurre, pues, el supuesto normativo del art. 10.2 LOPJ, que anuda la suspensión a la circunstancia de que no pueda prescindirse del procedimiento criminal "para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta", lo que, como venimos razonando, no es el caso que nos ocupa.



## 2.5 Examen del tercero de los motivos de infracción procesal

En modo alguno, cabe considerar que la sentencia recurrida carezca de motivación. La sentencia de la audiencia contiene sus los argumentos a través de los cuales cabe conocer el proceso lógico y jurídico que condujo al fallo, y se remitió, a la vez, a la valoración llevada a efecto por la jueza de primera instancia (FJ 4.º). En sus fundamentos jurídicos segundo y cuarto explica las razones por las que se confirman los pronunciamientos de primera instancia, y contiene valoraciones sobre el interés de la menor. Igualmente, en el fundamento jurídico segundo, se hace referencia al proceso penal 228/2019, de violencia de género, del Juzgado número 2 de Pozuelo, por lo que no es correcto que no lo tuviera en cuenta.

Como nos hemos pronunciado en las sentencias de esta sala 283/2008, de 5 abril; 577/2011, de 20 julio; 277/2016, de 25 de abril; 430/2020, de 15 de julio; 364/2022, de 4 de mayo; 570/2022, de 18 de julio y 217/2023, de 13 de febrero, entre otras:

"[...] cabe admitir la existencia de motivación suficiente cuando la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el juzgador para llegar al resultado o solución contenidas en la parte dispositiva [...] la motivación desacertada habrá de ser combatida a través de los oportunos motivos de casación puesto que la propia posibilidad de calificación sobre su desacierto pone de manifiesto que la motivación existió ...".

Por otra parte, como señalamos en la sentencia 674/2023, de 5 de mayo, con cita de la sentencia 661/2011, de 4 de octubre:

"[...] nuestro sistema admite la llamada "motivación por remisión" que tiene lugar, como precisa la sentencia 380/2002, de 30 de abril, "cuando el Juez ad quem se limita a asumir la argumentación utilizada en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las incorporadas por aquella, lo que constituye motivación y no deja de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva" ( sentencias 357/2009, de 1 de junio, 485/2009, de 25 de junio, 804/2010, de 16 de diciembre, y 551/2010, de 20 de diciembre); admitiéndose en la 670/2010, de 4 de noviembre, que en determinados supuestos incluso la remisión tácita puede satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva".

### Recurso de casación

#### **TERCERO.-** *Fundamento de los motivos del recurso de casación*

El recurso de casación interpuesto se fundamenta en cuatro motivos.

En el primero de ellos, se denuncia la infracción del artículo 92.7 CC, en su redacción dada por la L.O. 8/2021, de 4 de junio, por inaplicación o aplicación incorrecta de dicho precepto.

En el segundo, se denuncia la infracción del artículo 94 del CC, en su redacción dada por la L.O. 8/2021, de 2 de junio, por inaplicación o aplicación incorrecta de dicho precepto.

El tercero, por infracción del artículo 92.6 CC, en relación con el artículo 770 de la LEC, artículo 11 de la L.O. 8/2021, de 4 de junio, y el artículo 12.2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño respecto al derecho a los menores a ser oídos y escuchados.

Y, por último, se denuncia infracción del artículo 92, apartados 5, 6, 7 y 9 del Código Civil, respecto a que las decisiones judiciales que afecten a los menores deben ser tomadas respetando su interés superior.

El demandante solicita la desestimación del recurso.

Razona que la custodia paterna es lo más beneficioso para la menor, ya no solo por los argumentos expuestos por los juzgadores de ambas instancias, en sus respectivas resoluciones, y en las conclusiones del informe psicosocial elaborado por el Equipo Técnico adscrito al Juzgado, concernientes al perjuicio que causa a la menor la privación de todo contacto con el padre y su familia extensa impuesta por la madre desde el verano de 2019, y el daño psicopatológico que se puede ocasionar a la niña al crecer bajo la creencia inducida de que su padre ha abusado de ella, al estar íntimamente convencida la madre de que así ha sido, sino por dos circunstancias adicionales ocurridas con posterioridad al dictado de la sentencia recurrida, cuales son, el archivo definitivo de las DP 111/2019, seguidas por el delito de abuso sexual, en virtud del auto dictado por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 29 de marzo de 2022, así como por la desaparición de la Sra. Sagrario , con su hija, a fin de eludir la ejecución de la sentencia dictada en el procedimiento de divorcio, lo que ha provocado la incoación de dos procedimientos penales por sustracción de menores, uno en Alicante, y otro en Madrid, en los que se encuentra en busca y captura.



En base a lo expuesto, el escrito de oposición al recurso, sostiene que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 94 CC, según redacción dada por Ley 8/2021, no procedería fijar la custodia materna, ni el establecimiento de un régimen de visitas a su favor.

Un orden lógico de cosas determina que resolvamos, en primer término, el motivo del recurso de casación consistente en el derecho de la menor a ser oída en el procedimiento, en tanto en cuanto, de estimarse, demoraría la resolución de la controversia hasta que dicha audiencia se llevara a efecto.

Los otros motivos primero y segundo se analizarán, de forma conjunta, en tanto en cuanto se refieren a la misma cuestión, y se fundamentan en la vulneración de los arts. 94 IV y 92.7 CC, que limitan o vedan la fijación de un régimen de custodia en los supuestos de violencia doméstica o de género.

El último, se refiere al interés superior del menor, que debe ser tenido en cuenta, como criterio preferente, en la fijación de medidas administrativas o judiciales referentes a menores, concebido como principio primordial, de orden público y circunstancial, cuya apreciación requiere una motivación reforzada.

La resolución de los dos primeros motivos de casación se llevará efecto, además, mediante la ponderación de dicho interés superior como no podía ser de otra forma.

#### **CUARTO.- Análisis del motivo de casación relativo a la audiencia de los menores**

La audiencia de los menores, en los procesos judiciales, se configura como un derecho que corresponde a los niños y niñas de ser oídos antes de tomar cualquier decisión sobre aspectos que personalmente les afecten.

Como tal derecho se encuentra reconocido en distintas disposiciones normativas como los arts. 92.6 y 159 CC, art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica al menor, art. 12.2 de la Convención sobre Derechos del Niño de la ONU de 1989, art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños, apartado 15 de la Carta Europea de Derechos del Niño o art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, entre otros textos legales.

Por su parte, la Observación nº 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, señala 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 afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

"2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, 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 STC 64/2019, de 9 de mayo, explica la trascendencia del derecho del menor a ser oído, y su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y nos enseña al respecto que:

"El derecho del menor a ser "oído y escuchado" forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos ( STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal ( SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)".

Esta sala se ha ocupado, igualmente, de la importancia y trascendencia que encierra tal derecho, siendo manifestación, al respecto, la contenida en las sentencias 413/2014, de 20 de octubre; 157/2017, de 7 de marzo; 578/2017, de 25 de octubre; 18/2018, de 15 de enero; 648/2020, de 30 de noviembre; 548/2021, de 19 de julio, y 577/2021, de 27 de julio, entre otras, de las que cabe extraer, en lo que ahora nos interesa, a modo de líneas directrices, las dos siguientes premisas:

(i) la audiencia del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal;

(ii) aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audiencia o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este

medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada.

No es de extrañar, entonces, que en sentencias tales como las 548/2021, de 19 de julio, 577/2021, de 27 de julio y 308/2022, de 19 de abril, se decretase la nulidad de actuaciones para dar audiencia a los menores sobre las medidas que les afectaban personalmente,

La regulación legal del derecho de audiencia se lleva a efecto fundamentalmente a través del siguiente régimen jurídico.

El art. 92.6 CC cuando norma:

"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 ...".

El art. 770.4 III LEC, que dispone:

"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 doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad".

El art. 9.2 LO 1/1996, de Protección jurídica del menor, que establece:

"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 doce 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 ...".

De tales preceptos, y de los que se dirán, resulta que la audiencia procede cuando el menor tenga "suficiente juicio" ( arts. 92.6 y 159 CC) o cuando tenga "suficiente madurez" (art. 9.2 LOPJM), aunque, en cualquier caso, se considera que la ostenta cuando cuente con doce años cumplidos; también, cuando tenga "discernimiento suficiente" ( art. 6 de la Convención Europea sobre el Ejercicio de los derechos del Niño), cuando esté en "condiciones de formarse un juicio propio" ( art. 12 de la Convención de Derechos del Niño de ONU, 1989), "en función a su edad o madurez" ( art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), o, en fin, en los casos en que "esté en condiciones de formarse un juicio propio", ponderando "su edad y madurez" en la Observación n.º 12 de la Convención sobre Derechos del Niño.

No es fácil para los órganos jurisdiccionales determinar cuándo un niño o una niña tienen suficiente madurez, cuando son menores de 12 años, para ser oídos en un procedimiento judicial, máxime cuando los ritmos de madurez no son sincrónicos; por otra parte, la madurez es un constructo multidimensional, en que influyen una pluralidad de factores, que se encuentran además condicionados por las demandas de situación y experiencias vividas, que conforma una manifestación de madurez psicosocial, que se aprecia en ciertos niños cuando han experimentado o se han enfrentado a acontecimientos adversos.

En la STEDH, sección 3.ª, de 11 de octubre de 2016, contra España, se señaló que:

"[...] sería ir demasiado lejos afirmar que los tribunales internos tienen siempre la obligación de oír a los hijos en audiencia cuando está en juego el derecho de visita del progenitor no custodio. En efecto, esto depende de circunstancias particulares de cada causa y en todo caso se ha de tener en cuenta la edad y madurez del hijo afectado".

Y añade, en particular, por lo que hace al Derecho español:

"[...] en los procedimientos de divorcio contencioso, los hijos menores deben ser oídos si se estima necesario y tienen capacidad de discernimiento y en todo caso si son mayores de doce años. En todo caso, el rechazo de audiencia debe ser motivado".

Pues bien, en las circunstancias expuestas, no se ha vulnerado el derecho a la audiencia de la menor, toda vez que, al dictarse las sentencias de primera y segunda instancia, contaba tan solo con seis años de edad y carecer, por lo tanto, de un grado de madurez suficiente para formarse un propio criterio. La menor, además, fue sometida a una pluralidad de exámenes y pruebas psicológicas, con lo que la realización de un adicional trámite de audiencia sería contraproducente, además de inviable, para sus intereses, como se sostiene en los informes técnicos obrantes en autos. Su interés se ha recabado a través o por medio de los especialistas en menores que, previa exploración de la menor, han elaborado sus correspondientes dictámenes, al contar,



para ello, con conocimientos especializados propios de las ciencias de la conducta humana. Por otra parte, se encuentra en paradero desconocido en compañía de la madre, lo que tampoco haría viable su audiencia.

En la tesitura expuesta, por todo el conjunto argumental reseñado, este motivo del recurso de casación no puede ser estimado.

**QUINTO.- Examen de los motivos primero y segundo del recurso de casación**

La decisión a adoptar debe inspirarse en el interés y beneficio de la menor.

El interés de la menor difícilmente puede concebirse desde un punto de vista estrictamente abstracto o general, mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen de las circunstancias en las que se manifiesta; por consiguiente, en su determinación, las facultades de los tribunales habrán de ser amplias, que no arbitrarias, para valorarlo y garantizarlo en consonancia con el específico contexto de cada conflicto judicializado.

En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para los niños y las niñas, "ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio" ( SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

En la sentencia de esta sala 444/2015, de 14 de julio, cuya doctrina reproduce expresamente la STS 720/2022, de 2 de noviembre, nos manifestamos en el sentido de que:

"El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso ( STS 13 de febrero 2015). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor".

Con respecto a la custodia de la menor, objeto de este proceso, nos encontramos ante uno de esos casos difíciles, en los que la valoración de ese concepto jurídico indeterminado, que constituye el interés y beneficio de la menor, es realmente problemático.

En efecto, con respecto al padre se encuentra inmerso en dos procesos de violencia de género, seguidos ante sendos órganos jurisdiccionales en los que se decretó la apertura del juicio oral.

Tales hechos implican la constatación de indicios racionales de criminalidad contra su persona, aunque siga gozando de su presunción de inocencia.

Ambos procedimientos se encuentran pendientes de ser enjuiciados y operan como condicionante negativo para la atribución de la custodia de la niña a favor del demandante. No así, necesariamente, para fijar un régimen de visitas a favor del padre, como ha admitido la STC 106/2022, de 13 de septiembre, que descartó la inconstitucionalidad del art. 94, párrafo cuarto, del CC, precisamente por regular la posibilidad de que el juez, en interés del menor, pueda fijar motivadamente un régimen de visitas a favor del progenitor inmerso en un procedimiento de esta naturaleza.

En dicha sentencia se señaló:

"En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género [...]"

"Ciertamente en alguno de los supuestos referidos en los dos primeros incisos del párrafo cuarto, será la valoración de la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto, o se restrinjan o no, las relaciones del menor con alguno de los progenitores o con ambos.

"Esa decisión, frente a lo que afirman los recurrentes, se atribuye por el párrafo cuarto del art. 94 CC exclusivamente a la autoridad judicial en los casos en que así lo estime necesario o conveniente en resolución motivada en el interés superior del menor podrá optar por no privar al progenitor del régimen de visitas y estancias, o adoptar medidas "menos radicales" ( STEDH de 23 de junio de 2020, asunto Omorefe c. España,





§ 59) restringiendo y limitando el derecho, si con ello logra conjurar los riesgos que sobre el menor se ciernen y satisface la continuidad de la relación paternofilial.

"Por todo ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor ( art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH Saleck Bardi c. España, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma ( art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011)".

Las sentencias de ambas instancias, en función de los informes periciales practicados y de la negativa judicial a fijar medidas de alejamiento, en los procesos criminales seguidos contra el demandante, por no apreciarse riesgos sobre la vida e integridad de la demandada y de la niña, concluyeron que la estancia y comunicación del padre, que vive en pareja y cuenta con otra hija de distinta unión, no influye negativamente sobre el interés y beneficio de la niña de los litigantes.

No obstante, cuestión distinta es que pueda ejercer las funciones de progenitor custodio, dadas las circunstancias concurrentes de hallarse sometido a un proceso penal de violencia doméstica y de género. La Legislación autonómica, en tales supuestos, niega la posibilidad de asumir la custodia sobre los menores individual o conjuntamente ( art. 233.11.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña; art. 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; art. 80.6 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón; art. 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).

Por otra parte, la situación de la madre determina, igualmente, la imposibilidad de ejercer las funciones de progenitora custodia en virtud de las consideraciones siguientes. En primer término, por haber obstaculizado, desde el primer momento, toda clase de contacto y comunicación del padre con su hija, con incumplimiento reiterado de diversas resoluciones judiciales que así lo habían acordado, hasta el punto de sustraerse a la acción de la justicia, al haber huido con la niña, cuyo paradero se desconoce, y, por consiguiente, la concreta situación en la que se encuentra, a la que ha desarraigado de su núcleo afectivo y familiar y acaparado de forma personal y exclusiva.

A más abundamiento, el daño psicopatológico susceptible de sufrir la niña, al desarrollarse, bajo la creencia inducida por la madre, de que su padre ha abusado de ella, cuando indicios racionales de tal clase no constan en la exhaustiva investigación judicial llevada a efecto con pluralidad de pruebas practicadas. Un proceder de tal clase incide, de forma negativa, en el libre desarrollo de la personalidad de la menor, y le genera un patente daño tal y como resulta de la pericial practicada.

Pesa sobre la madre una orden de búsqueda y captura y tiene abiertos sendos procesos penales por tales hechos.

Su comportamiento no encuentra amparo en Derecho. La hija no es patrimonio de la madre, ni cabe imponga su unilateral decisión sobre lo que, subjetivamente, entiende que constituye el interés de su hija, con desprecio y descalificación de las resoluciones judiciales y su posible revisión a través del sistema de recursos.

Es interés de los niños y de las niñas mantener los lazos con su familia, excepto en los casos que se demuestre particularmente contrario a sus intereses. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, "reconstruir" la familia ( S TEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto Gnahoré c. Francia, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto Jansen c. Noruega, § 88-93).



En la tesitura, antes expuesta, la medida más adecuada es confiar, temporalmente, la custodia de la niña a un familiar próximo, distinto de sus progenitores, sin perjuicio del régimen de comunicación con la niña que, en su caso, se acuerde con respecto a su padre y madre, en ejecución de esta sentencia, una vez que la menor pueda ser localizada y sometida a decisión judicial.

Esta posibilidad que cuenta con apoyo normativo en los arts. 103.1 II, 158 y 160 del CC, se consideró por esta sala aplicable a los procesos matrimoniales aun cuando no se encuentre prevista en el art. 92 del CC siempre así lo exija el interés superior de la menor ( STS 679/2013, de 20 de noviembre) e igualmente se admite en las sentencias 47/2015, de 13 de febrero, 582/2014, de 27 de octubre y 492/2018, de 14 de septiembre.

Se comparte el criterio del Ministerio Fiscal relativo a que la persona más adecuada por su edad, predisposición, cualificación, condición de madre de dos menores, una de las cuales mantenía con la hija de los litigantes una excelente relación, es la tía paterna de la niña. Con respecto a la cual no existen riesgos de que incumpla las medidas judiciales que se acuerden. Requerida por este tribunal aceptó expresamente asumir dicha función.

Distinta es la situación de la abuela materna que, por su incondicionada adhesión a la actuación de su hija, no ofrece las garantías necesarias para abordar la condición de familiar provisionalmente custodio, hasta que se adopta la resolución definitiva sobre la guarda de la niña, que se halla condicionada, además, por el resultado de las causas penales seguidas contra los litigantes, y sin perjuicio de las medidas de seguimiento y control que solicita el Ministerio Fiscal.

La decisión que se adopta, en esta resolución, es la que se estima se concilia mejor con el interés y beneficio de la menor, tras el juicio de ponderación antes efectuado de las concretas circunstancias concurrentes, en un caso excepcional y de difícil solución, al no haberse sometido la madre a las resoluciones jurisdiccionales que, en un Estado de Derecho, dirimen las controversias entre las partes.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos**

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición de las costas procesales ( art. 398 LEC) y la pérdida del depósito constituido para recurrir ( Disposición Adicional 15, apartado 9 de la LOPJ).

La estimación parcial del recurso de casación interpuesto conduce a que no se haga especial pronunciamiento en costas ( art. 398 LEC), así como que proceda la devolución del depósito constituido para recurrir ( Disposición Adicional 15, apartado 8 de la LOPJ).

La parcial estimación del recurso de apelación formulado por la demandada igualmente determina no se haga especial imposición de costas y que proceda la devolución del depósito constituido para recurrir por aplicación de las mismas disposiciones legales citadas en el párrafo anterior de este fundamento jurídico.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

**1.º** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia recurrida 10/2022, de 7 de febrero, dictada por la sección 31.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 4/2022, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

**2.º** Estimar, en parte, el recurso de casación interpuesto por D.ª Matilde , y, en consecuencia, casamos la precitada sentencia y, en su lugar, dictamos otra por la que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 93/2021, de 23 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pozuelo de Alarcón, revocamos dicha resolución, y:

(i) Adoptamos, como medida temporal, la atribución de la custodia de la hija menor de los litigantes a la tía paterna D.ª Adriana , la cual operará una vez que la madre y la niña sean localizadas y restituidas a la acción de la justicia, debiendo, entonces, el juzgado determinar, en ejecución de sentencia, a la mayor brevedad posible, el sistema de comunicación con los progenitores, alimentos, gastos y medidas derivadas.

(ii) Dicha medida deberá ser objeto de seguimiento y revisión por el Juzgado, en un plazo no superior a tres meses, para comprobar su adecuación con el superior interés de la menor.

(iii) Todo ello, sin perjuicio del derecho de los progenitores a instar la oportuna modificación de medidas, si se restituyen las condiciones para que puedan asumir la custodia de la menor en condiciones que garanticen el adecuado ejercicio de los deberes de protección que les corresponden.



(iv) Todo ello sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas de ambas instancias y con devolución del depósito para apelar.

**3.º** No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación y procede la devolución del depósito constituido para interponer este recurso.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ