

Sentencia del Tribunal Supremo 984/2023, de 20 de junio de 2023: guarda y custodia de menor

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

D. Alberto, procurador, en nombre y representación de D. Nemesio, el 12 de julio de 2019, interpone demanda de divorcio contra Dña. Sagrario.

En la demanda se alega que el matrimonio se encontraba separado de hecho desde el 21 de febrero de 2019 y que Dña. Sagrario manifestó sus sospechas de que D. Nemesio estaba abusando sexualmente de la hija de ambos. Se señaló también que Dña. Sagrario había denunciado a D. Nemesio por violencia de género; razones por las que se prohibió a Nemesio la aproximación y comunicación con su esposa, estableciéndose un régimen de visitas de la menor. Dña. Sagrario impedía a Nemesio el contacto con la niña desde abril de 2019, razón por la cual, en junio de 2019, presentó denuncia contra Dña. Sagrario por sustracción de la menor.

En la demanda se solicita, entre otras cuestiones: el divorcio; la guardia y custodia de la hija menor de edad de ambos progenitores; la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal, privativo de Nemesio, en compañía de la hija de ambos. Se establece también el régimen de visitas para Dña. Sagrario, madre de la niña, y se solicita, por evidente riesgo de sustracción de la menor, que se le retire el pasaporte a la madre (demandada) y se prohíba la salida del territorio nacional.

Ante estos hechos, Dña. Sagrario se opone a la demanda alegando el maltrato familiar directo por su parte e indirecto por parte de su hija, además de los abusos sexuales del padre a la menor. Así las cosas, Dña. Ascensión, en nombre y representación de Dña. Sagrario, contesta a la demanda y dice que la patria potestad será compartida, pero la guardia y custodia de la hija de ambos la mantendrá la madre, dada la existencia de un procedimiento penal contra don Nemesio por violencia de género y un procedimiento penal por abusos sexuales a la menor. La guardia y custodia será mantenida por la madre en Alicante.

En la contestación se solicita la suspensión del régimen de visitas de D. Nemesio hasta la finalización de los mencionados procedimientos penales. Dice Dña. Ascensión en representación de Dña. Sagrario que, en caso de que se considere que no procede la suspensión del régimen de visitas, éstas se realicen un sábado al mes. Esto deberá mantenerse hasta la finalización de los procedimientos penales existentes contra Nemesio.

2. SOLUCIÓN DADA EN PRIMERA INSTANCIA

El 23 de julio de 2021 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón dicta Sentencia por la que se disuelve el matrimonio entre D. Nemesio y Dña. Sagrario y se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Alberto, en nombre y representación de D. Nemesio.

El Juzgado aprueba como medidas definitivas que la patria potestad será compartida, pero la guarda y custodia la mantendrá el padre. Se fija en esta sentencia de primera instancia un régimen de visitas a favor de la madre con carácter progresivo, y se establece además el seguimiento por distintos organismos del cumplimiento y la evolución de las medidas fijadas en la sentencia.

3. SOLUCIÓN DADA EN APELACIÓN

Dña. Isabel Bermúdez, en nombre y representación de Dña. Sagrario, recurre la sentencia de primera instancia. Este recurso de apelación fue resuelto por la Sección 31.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual, el día 7 de febrero de 2022, dicta sentencia desestimando el recurso de apelación.

4. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

Doña Isabel interpone recurso extraordinario por infracción procesal y se formula por los siguientes motivos:

- Al amparo del artículo 469.4 de la LEC: Por la vulneración de derechos 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.
- Al amparo del artículo 469.4 de la LEC: Por la vulneración de 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 del artículo 40 de la LEC.
- Al amparo del artículo 469.4 de la LEC: Por la vulneración de derechos a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de la sentencia.

Doña Isabel interpone recurso de casación y se formula por los siguientes motivos:

- Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 92.7 de la LO 8/2021, de 4 de junio, por inaplicación o aplicación incorrecta de dicho precepto.

- Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 94 de la LO 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.
- 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 LO 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.
- 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 mismos.

5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

5.1. Fallo de casación

El TS desestima el recurso extraordinario de infracción procesal y desestima en parte el recurso de casación.

El Ministerio Fiscal consideró conveniente, durante el transcurso del juicio a raíz del cual se dicta la presente sentencia, 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.

Así, tras escuchar a las partes y escuchar a todas las personas potencialmente idóneas para el cuidado de la menor, el TS considera, 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.

5.2. La atribución de la custodia temporal a la tía paterna del menor

El interés del menor en la determinación de su guarda jurídica es la piedra angular que construye la decisión. La excepcionalidad viene determinada cuando es, precisamente, dicho superior interés del menor el que manda en el razonamiento judicial que la custodia se atribuya a un familiar y se descarte al propio padre del menor, sin que a éste se le haya reprochado causa o comportamiento que conlleve la pérdida de la patria potestad.

En los procesos matrimoniales existe la posibilidad [separación, divorcio o nulidad] de que a la hora de adoptar medidas provisionales [103 CC] pueda atribuirse, como medida transitoria, temporal, provisional y excepcional, la guardia y custodia de los hijos menores a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren. De no haberlos, se podrá atribuir a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

La jurisprudencia había abordado previamente situaciones familiares complejas que justificaban la excepcionalidad de la decisión, como fue el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 47/2015, de 13 de febrero, por la cual se atribuye la guardia y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores (concretamente se atribuye, al igual que en la sentencia aquí analizada, a la tía paterna), por las especiales circunstancias que han rodeado la vida y el crecimiento del niño, cuya madre asesinó a su padre.

Lo que debe primar, se manifestó, es el interés del menor en el marco de unas relaciones familiares complejas.

6. CONCLUSIÓN

Con todo, tal y como queda dispuesto en la presente sentencia, el interés del menor es el principio rector fundamental en materia de guarda y custodia y, por ello, es necesario tener claro que cualquier medida que se adopte en estos procedimientos que afecte al menor debe constituirse siempre como la opción más beneficiosa para éste.

La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define el interés superior del menor como el «derecho de todo menor a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado». El denominado interés superior del menor aparece reflejado en el artículo 2 de la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor.

En este contexto, es preciso tener en cuenta, también, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha introducido cambios de vital importancia que desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia.

Según el [Tribunal Supremo](#), «para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio, de modo que *el tribunal debe realizar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso*, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto a sus derechos».

La antes mencionada [Ley Orgánica 1/1996](#), de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece, en su art. 2, los criterios generales que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el interés superior del menor. Además, la misma

ley establece que los mencionados criterios deberán ponderarse teniendo en cuenta una serie de elementos generales.

Se trata, según del TS, de «una lista abierta que permite considerar cualquier elemento que sea relevante en cada ocasión y respecto del menor que se vaya a ver afectado por la medida».

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Lucía SÁNCHEZ GARCÍA
Investigador predoctoral en formación de la Universidad de Salamanca
Departamento de Derecho Privado
id00698454@usal.es