

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065654

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 372/2021, de 31 de mayo de 2021

Sala de lo Civil

Rec. n.º 5288/2020

SUMARIO:

Divorcio. Guarda y custodia compartida de la hija menor. Contexto de violencia de género. Progenitor incurso en un proceso penal por agresión a la madre. Coparenting de mal pronóstico. Es objeto del proceso la demanda de divorcio del matrimonio constituido por los litigantes, fruto del cual nacieron dos hijas, una de ellas mayor de edad, y la otra que cuenta en la actualidad con 17 años, alcanzando la mayoría de edad en el año en curso. La sentencia recurrida acordó la custodia compartida con periodicidad semanal, revocando así la del Juzgado que atribuyó a la madre la custodia sobre la hija menor, con la fijación del régimen de visitas que establezcan de común acuerdo padre e hija. Por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de casación, considerando improcedente, en defensa del interés y beneficio de la hija menor, la fijación de una custodia compartida, al existir un procedimiento abierto por un delito de violencia de género, considerando que muestra una clara situación de falta de respeto y dominación de un progenitor sobre el otro, que muestra la imposibilidad de que un sistema de custodia compartida pudiera llegar a buen puerto. El art. 92.7 del Código Civil norma que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. En el presente caso, resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, sino que hay un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra la integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales. En consecuencia, la sala estima el recurso de casación y deja sin efecto la guarda y custodia compartida, con fundamento en la existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de las menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida, toda vez que las relaciones personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de los desencuentros propios de la crisis de convivencia, generando un proceso penal abierto. Es decir, el coparenting, relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de sus hijas, es de muy mal pronóstico. Por otra parte, de la exploración de la menor, resulta que, tanto ella como su hermana, son proclives a convivir con su madre, la cual además por razón del trabajo del padre (transportista), con ausencia, en ocasiones, de hasta dos días durante la convivencia semanal con sus hijas, cuenta con mayor disponibilidad para asumir el cuidado de la hija menor. Todo ello, sin perjuicio del derecho de visitas del padre con respecto al cual no existen indicios de violencia doméstica sobre la menor.

PRECEPTOS:

Código Civil, art. 92.7.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 416 y 777.1.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 153.1.

PONENTE:*Don José Luis Seoane Spiegelberg.*

Magistrados:

Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Doña MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN
Don JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG
Don ANTONIO GARCIA MARTINEZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 372/2021

Fecha de sentencia: 31/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5288/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/05/2021

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE CÓRDOBA, SECCIÓN 1.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 5288/2020

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 372/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 31 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 671/2020, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el recurso de apelación n.º 1483/2019, dimanante de las actuaciones de juicio de divorcio contencioso n.º 222/2018, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Córdoba. Han sido parte recurrida D. Artemio, representado por D.^a María Dolores Enríquez Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Antonio Granados Caballero, y D.^a Magdalena, no personada en las presentes actuaciones.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora D.^a María Dolores Ramiro Gómez, en nombre y representación de D.^a Magdalena, interpuso demanda de divorcio contencioso contra D. Artemio, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] estimando la presente demanda, se decrete la disolución del matrimonio por divorcio, y se acuerden las siguientes medidas:

PRIMERA. Atribución de la guarda y custodia de las hijas menores Martina y Miriam, a mi mandante, Sra. Magdalena, quedando compartida la patria potestad.

El régimen de visitas del progenitor no custodio será el que libremente y de común acuerdo establezcan padre e hijas.

TERCERA. Atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal sito en Córdoba, C/ DIRECCION000, número NUM000, C.P. NUM001, a las menores hijas e indirectamente a mi representada en cuya compañía quedan.

CUARTA. Atendiendo por tanto, a las necesidades de los hijas y a la capacidad económica de ambos progenitores, se ha de fijar una pensión alimenticia a favor de las mismas y a cargo del padre, el Sr. Artemio, por importe de SEISCIENTOS EUROS (600 €) mensuales (300 €/hija), con sus respectivas actualizaciones anuales a primeros de enero conforme al IPC, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, por meses adelantados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que la madre designe al efecto.

En relación a la referida pensión de alimentos se SOLICITA que la misma sea abonada desde la fecha de la presentación de este escrito en sede judicial, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 148.1 y el artículo 2, ambos del Código Civil, junto a la jurisprudencia recaída al respecto (S.A.P. Barcelona 13-3-98, Sección 120.

Los tales como médicos no cubiertos por la Seguridad Social; educativos no cubiertos por el sistema público, clases particulares o de apoyo, etc..., deberán ser abonados al 50% por ambos progenitores.

QUINTO. Por lo que respecta al ajuar doméstico y a los enseres personales, deben atribuirse a mi representada, al igual que el domicilio conyugal al quedar junto a sus hijas.

Sexta. Por lo que respecta a las cargas del matrimonio, dos Préstamos Hipotecarios contraídos con la entidad bancaria BBVA, S.A., con una cuota mensual por importe de 687,39 euros y 214,37 euros, respectivamente, deberán abonarse al 50% por ambas partes, con el derecho de repetición de uno a otro Cónyuge, para el caso de que alguno de ellos no haga frente al pago del mismo".

2. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Córdoba y se registró con el n.º 904/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. La procuradora D.^a María Dolores Enríquez Sánchez, en representación de D. Artemio, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte en su día sentencia en virtud de la cual se acuerde el divorcio de los esposos y los siguientes efectos complementarios:

1. Guarda y custodia de las hijas de los cónyuges de manera compartida tal y como se viene haciendo (por emanar alternas de lunes a viernes), así como la patria potestad compartida.

2. Atribución del domicilio conyugal, enseres y ajuar doméstico al Sr. Artemio al encontrarse en una situación económica insostenible.

3. Sin pensión de alimentos a favor de las hijas al establecerse la guarda y custodia compartida. Conforme con los gastos extraordinarios al 50%.

4. Conforme con el abono de los dos préstamos hipotecarios teniendo en cuenta la capacidad económica del Sr. Artemio y su situación de desempleo".

4. Incoadas Diligencias Urgentes n.º 42/2018 por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Córdoba, dicho órgano judicial se inhibió a favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 1 de Córdoba.

Por auto de 9 de octubre de 2018, el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Córdoba también se inhibió del conocimiento de los autos n.º 904/2018 a favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 1 de Córdoba.

El Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 1 de Córdoba dictó resolución de 8 de enero de 2019 por la que acordaba abstenerse del conocimiento del mencionado procedimiento de divorcio contencioso al tener parentesco el letrado de la actora con la titular de dicho juzgado.

Por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba se dictó auto de 1 de febrero de 2019 entendiendo justificada la abstención formulada y ordenando que el conocimiento de los autos pasaran al sustituto reglamentario, y por acuerdo del Magistrado-Juez Decano de los Juzgados de DIRECCION001, de 26 de febrero de 2019, recayó

el conocimiento del asunto en la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º NUM002 de DIRECCION001, Dña. Remedios.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez D.ª Remedios, dictó sentencia de fecha 9 de julio de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Dña. Mª Dolores Ramiro Gómez en nombre y representación de Dña. Magdalena frente a D. Artemio debo:

1. Declarar la disolución por divorcio del matrimonio celebrado en Córdoba entre Dña. Magdalena y D. Artemio.

2. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges pudiera haber otorgado a favor del otro y cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

3. Adoptar las siguientes medidas reguladoras del divorcio:

a. Se atribuye la guarda y custodia de la menor a Dña. Magdalena, manteniendo ambos progenitores el ejercicio conjunto de la patria potestad.

b. Con respecto al régimen de visitas, será establecido de común acuerdo entre padre e hija.

c. No ha lugar a realizar pronunciamiento alguno sobre estas cuestiones respecto de la otra hija, por ser mayor de edad.

d. Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la hija menor de edad e indirectamente a la madre a la que se le ha atribuido la guarda y custodia de la menor, asumiendo Dña. Magdalena los gastos de uso de la vivienda, así como la cuota ordinaria de la Comunidad de Propietarios.

e. Se establece la pensión de alimentos en 200 € al mes por cada hija (400 € al mes en total). Dicha cantidad será abonada en los cinco primeros días de cada mes por D. Artemio en la cuenta que al efecto designe Dña. Magdalena y se actualizará anualmente con efectos 1 de enero conforme a las variaciones que experimente el IPC y que publique el INE.

En cuanto a los gastos extraordinarios que pudieran tener las hijas, serán satisfechos al 50% por ambos progenitores, haciendo saber a las partes que deberán ser previamente consensuados por ambos progenitores, y que en el caso de que no haya acuerdo deberán acudir al procedimiento judicial establecido al efecto, salvo que se trate de gastos que tengan el carácter de urgente. El progenitor que sin contar con el consentimiento expreso del otro decida hacer un gasto extraordinario deberá abonarlo en su integridad. Tendrán la consideración de gastos extraordinarios los gastos de formación y salud no cubiertos por el sistema público de educación y sanidad.

f. Cada cónyuge contribuirá en idéntica proporción al abono de la cuota hipotecaria que grava la vivienda familiar, de forma que cada uno pagará el 50 % del importe de dicha cuota.

No procede imponer condena en costas".

Segundo. Tramitación en segunda instancia

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Artemio.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, que lo tramitó con el número de rollo 1483/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 25 de junio de 2020, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

Que estimando esencialmente el recurso deducido por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Dolores Enríquez Sánchez, en nombre y representación de D. Luis Angel, contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2019 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Córdoba, recaída en los Autos de Divorcio Contencioso Núm. 222/2018, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la expresada resolución en cuanto que decretó el divorcio de los litigantes y que fuera la patria potestad compartida, y debemos REVOCAR y REVOCAMOS dicha resolución en el resto de los pronunciamientos, que quedan sin efecto, acordando en su lugar:

1. Se establece el régimen de la guarda y custodia compartida sobre la menor Miriam.

2. El reparto del tiempo se hará, en principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. Si no hubiera acuerdo se desarrollará por periodos semanales computados de lunes a lunes.

Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el período concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre y los impares, la madre.

3. Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos de las hijas, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

4. Se acuerda atribuir el uso y disfrute de la vivienda que fue familiar, así como del ajuar doméstico existente en ella, a D. Artemio por plazo de dos años, a contar desde el 1 de septiembre de 2020. Concluida dicha fecha, se hará un uso alternativo por años y ello hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

Todo ello, sin que proceda hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas en primera y segunda instancia".

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"El objeto del recurso versa sobre la fijación de una guarda y custodia compartida entre progenitores que se encuentran inmersos en un procedimiento de violencia de género por haber atentado uno contra la integridad física del otro, contraviniendo lo dispuesto en el art. 92.7 y 92. 5. 6 y del Código Civil.

Se formula al amparo del art. 477.2. 3º y 3 LEC por considerar que existe interés casacional en la resolución del recurso, por cuanto se entiende que la sentencia recurrida resuelve la cuestión de forma opuesta a la doctrina jurisprudencial de la- Sala Civil del Tribunal Supremo establecida por sentencias 36/2016 de 4 de febrero y de 2016 y STS 350/2016 de 26 de mayo".

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 27 de enero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada con fecha de 25 de junio de 2020, por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 1483/2019 dimanante del procedimiento de divorcio n.º 222/2018 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Córdoba.

2.º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida, a los efectos oportunos.

Contra esta resolución no cabe recurso".

3. Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hizo la representación de D. Artemio mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 9 de abril de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 25 de mayo del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios de la presente demanda hemos de partir de los siguientes antecedentes.

1.º Es objeto del proceso, la demanda de divorcio del matrimonio constituido por los litigantes, fruto del cual nacieron dos hijas, una de ellas Martina, mayor de edad, y la otra, Miriam, nacida el NUM003 de 2003, que cuenta en la actualidad con 17 años de edad, alcanzando la mayoría de edad en el año en curso.

2.º Seguido el correspondiente proceso judicial se dictó sentencia en primera instancia por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Córdoba, que atribuyó a la madre la guardia y custodia de la hija menor, que contaba entonces con 15 años de edad, en atención al resultado de su exploración judicial en que se mostraba proclive a convivir con su madre, así como por la circunstancia de que al demandado se le seguía un procedimiento por violencia de género (art. 92.7 del CP). En dicha sentencia, además de la invocación de tal precepto, se razonó:

"En cualquier caso, de la prueba obrante en autos, sobre todo de las declaraciones de la hija mayor y de la menor de edad (quien ya le había dicho a su madre que desea estar con ella), tampoco estimamos que proceda el establecimiento de un sistema de custodia compartida, dado que el trabajo del demandado determina que a la semana pase varios días fuera, dejando a las hijas de las partes solas. Ciertamente que nos encontramos ante una hija ya mayor de edad (recién cumplidos los 18 años) y que la otra hija cuenta ya con 15 años, pero no parece idóneo que las hijas se queden solas siempre que le corresponda la guarda de la menor".

En consecuencia, se dictó sentencia, el 9 de julio de 2019, en la cual declaró la disolución del vínculo matrimonial que ligaba a los litigantes, se atribuyó a la madre la custodia sobre la hija menor, con la fijación del régimen de visitas que establezcan de común acuerdo padre e hija, la atribución del uso de la vivienda familiar a la hija menor e indirectamente a su madre, así como una pensión de alimentos de 200 euros al mes por cada hija, actualizable conforme al IPC.

3.º Por el demandado se interpuso recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, que dictó sentencia de 25 de junio de 2020, en que revocó la dictada por el Juzgado, acordando una custodia compartida, con periodicidad semanal, en la que cada progenitor se haría cargo de los alimentos de las hijas cuando convivieran con ellas, y todo ello en función, en síntesis, de los argumentos siguientes: i) que el padre se encontraba incurso en un proceso penal por delito de lesiones, sin que presente los elementos propios de una situación de violencia de género, considerando que la conducta es subsumible en un delito de lesiones previsto y penado en el art. 153.1 CP; ii) que viene referido a un suceso acaecido el 26 de enero de 2018, admitido y aislado que no impidió que desde la separación de hecho en marzo de 2018, ambos progenitores acordaran una guardia y custodia compartida, que se ha desarrollado con normalidad; iii) que cuando se presenta la demanda el 22 de julio de 2018 no se refiere ningún maltrato, y en la contestación se indica que se presentó una previa demanda de divorcio de mutuo acuerdo, que se archivó por no ratificarse la esposa y madre, en la que ambos pactaron una custodia compartida; iv) de la exploración de la hija menor -que entonces tenía 15 años- resulta que manifestó que le gustaría estar con ambos progenitores; vi) que no se ha cuestionado la capacidad de los progenitores para ejercer una custodia responsable, ni tampoco la aptitud del padre para ejercer tal cometido, ni la vinculación afectiva con sus hijas.

La sentencia de la Audiencia igualmente atribuyó al padre, durante dos años, el uso de la vivienda familiar de carácter ganancial, a contar desde el 1 de septiembre de 2020, para darle a la madre tiempo bastante para buscar otra vivienda.

4.º Por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de casación, considerando improcedente, en defensa del interés y beneficio de la hija menor, la fijación de una custodia compartida.

Segundo. Recurso de casación

El recurso de casación se interpone por el Ministerio Fiscal. Se alega como infringido el art. 92.7 del CC y el art. 11 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Se cita como doctrina jurisprudencial la exteriorizada en las sentencias 36/2016, de 4 de febrero, y 350/2016, de 26 de mayo. Se argumenta que, en el caso enjuiciado, el régimen de custodia compartida no es el más favorable para la menor, la existencia de un procedimiento abierto por un delito de violencia de género muestra la clara situación de falta de respeto y dominación de un progenitor sobre el otro, que no puede sino mostrar la imposibilidad de que un sistema de custodia compartida pudiera llegar a buen puerto.

Para ello se basa el Ministerio Público en el relato de hechos del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, en el que se establece como hechos atribuidos al demandado, que han sido objeto de acusación, que:

"A hora no determinada del pasado 26 de enero de 2018, encontrándose Magdalena en compañía de unos amigos en un pub cercano a la CALLE000 de esta localidad, se personó el investigado, Artemio, para entonces su marido, reprendiéndole por estar con un hombre, Artemio se encaró con él y al interponerse la denunciante, le propino dos collejas en el cuello".

Estos hechos conforman para el Ministerio Fiscal, aun cuando no se lograsen acreditar los otros denunciados, más allá de un lamentable suceso, como se recoge por la sentencia recurrida, una manifestación de actos de dominación y control de la conducta de la mujer y humillación frente a terceros. Igualmente atribuye a la Audiencia una interpretación indebida del informe de la Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género (UVIVG), sin tener en cuenta la totalidad del mismo que analiza la dinámica de la pareja y que no ha sido aportado al proceso civil.

En consecuencia, interesó la estimación del recurso, que se case la sentencia de la Audiencia y se confirme la dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Tercero. Estimación del recurso de casación

El art. 92. 7 del CC norma que "[...] no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".

En el caso presente, resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, mediante la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para determinar su existencia y realidad, sino que se encuentra, en términos del mentado precepto, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género n.º 1 de Córdoba dicta auto de 19 de noviembre de 2019, en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del art. 153.1 del CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer.

No nos hallamos, por lo tanto, ante una simple denuncia, sino que la formulada se ha visto corroborada por una resolución judicial, que le da crédito y consistencia, tras la práctica de las oportunas diligencias previas penales, cuyo objeto radica precisamente en determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado conforme al art. 777.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr).

En dicha resolución, entiende también el juez de violencia de género, que no existen pruebas suficientes sobre la comisión de los otros hechos imputados al demandado, toda vez que los mismos se han desarrollado en un ámbito estrictamente privado, como los supuestos de abusos sexuales, amenazas y vejaciones denunciadas, así como por la circunstancia de no querer declarar las hijas del matrimonio (art. 416 LECr), por lo que no existían más indicios que la declaración de la denunciante. Y si bien el informe de la UVIVG, continúa dicho auto, acepta que la dinámica de la relación estudiada es de disfuncionalidad, no se revelan consecuencias específicas de una situación de violencia sobre la mujer en el ámbito de pareja mantenida y continuada. No obstante, se refiere a un contexto de control, donde se encuentra inserto el incidente de 26 de enero de 2018, y de celos que han puesto fin a la relación.

El precitado auto descarta igualmente el supuesto acoso, por el excesivo número de llamadas telefónicas efectuadas a la demandante, toda vez que tienen lugar en un momento de crisis matrimonial, que justificaba tratar temas comunes, y por el hecho de que la gran mayoría de ellas fueran contestadas y dieron lugar a conversaciones de las cuales algunas fueron de considerable duración.

En definitiva, no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales.

La demandante formula escrito de acusación contra el demandado, en el que postula contra él una condena por un delito del art. 153.1 del CP, con solicitud de imposición de una pena de prisión de un año y prohibición de comunicarse y acercarse a ella a una distancia de 500 metros durante 3 años. Igualmente, el Ministerio Fiscal, regido por los principios de imparcialidad y legalidad, solicitó la condena del demandado por dicho delito.

Pues bien, en atención a las circunstancias expuestas, procede dejar sin efecto la guardia y custodia compartida, con fundamento en la existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de las menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero o 175/2021, de 29 de marzo), toda vez que las relaciones personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de los desencuentros propios de la crisis de convivencia (sentencias 433/2016, de 27 de junio y 318/2020, de 17 de junio) generando un proceso penal abierto.

Por otra parte, de la exploración de la menor, que cumplirá los 18 años de edad en el mes de noviembre del año en curso, resulta que, tanto ella como su hermana, son proclives a convivir con su madre, la cual además por razón del trabajo del padre (transportista), con ausencia, en ocasiones, de hasta dos días durante la convivencia semanal con sus hijas, cuenta con mayor disponibilidad para asumir el cuidado de la hija menor.

Por otra parte, la opinión de ésta, carente de indicios de haberse visto mediatizada, debe ser tenida en cuenta por la madurez de criterio que implica su edad, a la cual le quedaban unos meses para cumplir los 16 años de edad, cuando fue judicialmente explorada.

Ello no significa fractura de los vínculos afectivos y de relación con el padre, lo que conforma el interés y beneficio de la menor, sino que las circunstancias concurrentes determinan que dicho interés se concilie más adecuadamente con la atribución a la madre de la custodia sobre la hija, sin perjuicio del derecho de visitas del padre con respecto al cual no existen indicios de violencia doméstica sobre la menor.

Los argumentos de la sentencia de la Audiencia no son convincentes, puesto que el convenio regulador no fue ratificado por la esposa. Los malos tratos y la existencia de la denuncia penal fueron objeto de prueba en el procedimiento civil, por lo que no es trascendente que no se hiciera relación a ellos en la demanda, en la que precisamente se solicita la custodia materna. La exploración de la menor fue examinada por este tribunal en los

términos reseñados, y su manifestación de que desea comunicarse con su padre y con su madre, no implica que su interés lo constituya, en este caso, hacerlo bajo un régimen de custodia compartida. Las relaciones entre los litigantes se encuentran muy gravemente deterioradas, incluso la actora ejercita la acción penal contra el que fue su marido en el procedimiento criminal seguido contra su persona, por lo que el coparentig, relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de sus hijas, es de muy mal pronóstico. Las situaciones fácticas no son irreversibles, sino que deben adaptarse al interés superior de la menor y a las disposiciones legales.

Por todo ello, casamos la sentencia de la Audiencia y estimamos que procede acordar la custodia materna de la menor, que en unos meses cumplirá además los 18 años de edad.

Cuarto. Costas

No procede condena en costas, al haber sido estimado el recurso de casación, interpuesto además por el Ministerio Fiscal en interés de la menor.

FALLO

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

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia 671/2020, de 25 de junio, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba.

2.º Casar la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, y adoptar las medidas acordadas por la sentencia de 9 de julio de 2019 del Juzgado de Violencia de Género n.º 1 de Córdoba, sin imposición de costas.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.