

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS TRAS ABSOLUCIÓN O ARCHIVO DE DENUNCIA POR VIOLENCIA DE GÉNERO

En su día, en este mismo espacio virtual, ya compartí el post «La absolución del delito de maltrato habitual al cónyuge



constituye un cambio de circunstancias esencial» en el que comenté la *Sentencia n.º 251/2016 de fecha 13 de abril dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo*, en virtud de la cual **una sentencia absolutoria en materia de violencia de género** «...constituye un cambio significativo de las circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del **art. 92.7 del C. Civil**».

El caso es un clásico, lamentablemente cada día más frecuente en nuestros juzgados: un padre se divorcia, y para «evitar» que pueda acceder a la custodia compartida o exclusiva de los hijos comunes, su ex lo denuncia por hechos constitutivos de violencia de género.

Pues bien, *por el mero hecho de haberse formulado denuncia por*

violencia de género contra él, en virtud de lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, ese padre ya no tenía derecho a una custodia compartida, y mucho menos a una custodia exclusiva.

Y, lo que era peor aún, cuando la causa penal concluía, bien fuera con un auto de sobreseimiento y archivo o con una sentencia absolutoria, ya era *«demasiado tarde»*, porque las medidas civiles –guarda y custodia, régimen de visitas, atribución uso de la vivienda, etc.– ya habían sido adoptadas.

Antes de que existiera este criterio jurisprudencial, a ese padre una vez archivada la causa penal o dictada sentencia absolutoria, solo le quedaba esperar a que las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de dictar sentencia se vieran modificadas sustancialmente, para así poder presentar una demanda de modificación de medidas con posibilidades de prosperar.

Sin embargo, ***con este criterio jurisprudencial en la mano, el mero auto de archivo o la sentencia absolutoria ya suponen una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de acordar las medidas civiles.***

Dada la relevancia de esta cuestión –y que creo que puede ser muy útil para los miles de afectados por estas malas prácticas– me ha parecido oportuno dedicar un segundo post a la misma comentando una sentencia más reciente.

EL CASO

El caso de la sentencia que hoy vamos a comentar es el siguiente: *«Un padre de Salamanca se divorció, y coincidiendo con el divorcio fue denunciado por hechos “constitutivos” de violencia de género».*

Al estar inmerso en un procedimiento por violencia de género, mediante **Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Salamanca** le fue atribuida la guarda y custodia de la hija común a la madre. Es más, los términos de dicha custodia exclusiva fueron fruto de un acuerdo entre ambos progenitores. Obviamente, en este caso es de aplicación aquello de «más vale un mal acuerdo que un buen pleito», ya que si hubiera celebrado juicio el resultado habría sido el mismo: *custodia exclusiva para la madre*.



En diciembre de 2017 la causa penal que se seguía contra este padre fue archivada, por lo que, una vez firme el archivo, el padre instó un

procedimiento de modificación de medidas solicitando la custodia compartida.

Para que una demanda de modificación de medidas tenga posibilidades de prosperar, es necesario que las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de dictar la sentencia se hayan visto modificadas sustancialmente. Así, en el caso que nos ocupa, habiendo transcurrido tan poco tiempo entre el dictado de la sentencia que se pretendía modificar y la demanda, era obvio que no podía haber cambiado ninguna circunstancia, por lo que esa demanda en condiciones normales estaría abocada al fracaso.

Sin embargo, en el caso que estamos analizando había **una circunstancia que lo cambiaba todo: el archivo de la causa penal por violencia de género seguida contra este padre.**

Consecuencia de ello, mediante **Sentencia de fecha 30 de octubre de 2018 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Salamanca** se estimó la demanda de este padre estableciéndose un régimen de guarda y custodia compartida.

LA SENTENCIA

Contra dicha sentencia la progenitora formuló *recurso de apelación que fue desestimado* por Sentencia n.º 466/2019 de fecha 30 de septiembre dictada por la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca.

Dicha sentencia, en lo que a la cuestión objeto de este post se refiere, en su **Fundamento de Derecho Segundo** establece que:

«Es decir, vaya por delante que, entiende la Sala, al igual que el juez a quo, que, efectivamente, sí que se ha producido una real y verdadera alteración de las circunstancias que sirvieron de base a las medidas acordadas en la sentencia de divorcio del Juzgado de Instrucción nº 3 de Salamanca, de fecha 20 de enero de 2017, entre cuyas medidas se encontraba la principal de la atribución a la ahora demandada, Sra. Nieves, de la guarda monoparental respecto de la hija menor de los litigantes, Montserrat.

Esta alteración de circunstancias pasa por considerar y tener en cuenta un hecho capital y fundamental, cual el de que, al momento de dictarse dicha sentencia, no era viable, ni factible legalmente, dar respuesta a la pretensión del demandante Sr. Joaquín, que no era otra que la del establecimiento, en sede judicial, del régimen judicial de custodia compartida en relación a dicha menor. Y, no lo era, porque, estando aquél investigado en aquellos momentos como presunto autor de un delito en el ámbito de la violencia de género frente a la primera, el art. 92.7 del CC (LA LEY 1/1889) obstaculizaba y vetaba, indefectiblemente, tal

posibilidad de que en la sentencia de divorcio pudiera fijarse la custodia compartida que se dice, la que, en efecto, había sido solicitada en la demanda precedente de septiembre de 2016.

Y lo que ocurre es que, a la fecha de presentación de la demanda rectora de esta litis, a finales de mayo de 2018, (poco importa que lo sea ni siquiera



transcurrido año y medio desde la fecha de aquella sentencia), el citado procedimiento penal ya había venido meses antes definitivamente archivado y sobreseído, por lo que tal óbice legal desapareció.

La desaparición de tal óbice es causa y motivo más que suficiente, sin duda, – en los términos requeridos por el art. 775 de la LEC (LA LEY 58/2000) y 90.3 del CC-, para interesar, de parte, la modificación del régimen de custodia monoparental vigente y su sustitución, de cumplirse los presupuestos exigibles para su establecimiento, por el tal régimen de custodia compartida; y todo ello dejando al margen y sin entrar en el debate de si existen o no concomitancias indeseables entre el susodicho proceso penal por violencia sobre la mujer y el proceso civil de divorcio incoado pocas fechas antes y seguido, inicialmente, ante el Juzgado de Familia de esta ciudad, y que el juzgador a quo resolvió en el sentido que consta en el fundamento de derecho segundo de la sentencia que analizamos; con apoyo de profusa cita jurisprudencial que reproduce en fundamentos jurídicos

ulteriores.

Sentido y línea plenamente asumible por este Tribunal de alzada.

En este sentido, la afirmación del juzgador a quo, referida a que en la demanda de divorcio el Sr. Joaquín pedía la guarda compartida y la misma en ningún modo pudo concedérsele, con lo que el acuerdo al que llegó con su ex esposa (relativo a la guarda y custodia materna, régimen de visitas para el progenitor no custodio, fijación de pensión de alimentos a cargo de este último, uso y disfrute de la vivienda para la menor y la progenitora, etc.), debe verse, de forma necesaria, desde esta óptica y que ello debe ser así porque no era posible otro acuerdo, etc., debe ser hecha propia por este Tribunal, por estar llena de lógica y sentido común, sin que pueda venir desvirtuada por los profusos alegatos de la recurrente, en su escrito de recurso, que carecen, a estos efectos, de eficacia enervatoria alguna.

Insistir, como se insiste en el recurso que estudiamos, en la infracción de los arts. 90 (LA LEY 1/1889) y 91 del CC (LA LEY 1/1889), en la aplicación indebida del art. 114 de la LECrim (LA LEY 1/1882), del art 1265 CC (LA LEY 1/1889), y/o en la inaplicación del tenor de los arts. 40.2 (LA LEY 58/2000), 1º y 2º de la LEC, art. 10. 2 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) y art. 1255 CC (LA LEY 1/1889), en error de hecho en la apreciación de la prueba, etc., es entendible desde la óptica del ejercicio del derecho de defensa, mas deviene en una reiteración que merece plena desestimación.

El impacto del archivo de la causa penal, a que aludimos, en diciembre de 2017, es rotundo, e implica un cambio «brutal» (permítase el calificativo) a la hora de ponderar una mutación de circunstancias justificativa del cambio en el régimen de custodia, se repite, siempre que el de guarda conjunta viniera satisfecho en sus exigencias legales y jurisprudenciales.

Claro es que la pendencia del procedimiento penal determinaba, inexorablemente, que el único sistema de custodia que en el proceso de divorcio era posible adoptar, no era otro que el fijado finalmente, y de ello eran conscientes ambos litigantes, de modo y manera que al demandante Joaquín no le quedaba otra opción o alternativa que la de asumir tal realidad, olvidarse, por el momento, de su pretensión de custodia conjunta, y tratar de conseguir, -vía acuerdo o pacto-, un estado de cosas mejorado en cuanto al régimen de visitas con su hija y en cuanto a otros aspectos de carácter más económico, etc.

Afirmar que, para salvar tal escollo, pudo el Sr. Joaquín pedir la suspensión del proceso civil de divorcio por prejudicialidad penal, con mantenimiento de las medidas establecidas en el Auto de 28-11-2016, no pasa de constituir un ejercicio artificioso que se aparta de la realidad incontestable de los hechos; suspensión que conllevaría, de haberse aceptado por el Juzgado a quo, entre otras consecuencias, una provisionalidad sine die contraria a la protección de los intereses de la menor.

Además, puntualizar que el sistema de guarda y custodia en favor de la madre devino por lo convenido y acordado voluntariamente por ambos progenitores, -por mucho que se presente la existencia de un Acuerdo homologado judicialmente en el seno del citado proceso civil-, tampoco deviene aceptable, por una simple razón ya anticipada: no había opción, no otro sistema de custodia distinto al fijado, cabía pactar entre aquellos, ni libre, ni voluntaria, ni conscientemente.

La imposición de la guarda en favor de la madre era legalmente obligada y en nada podían afectar, ni surtir efecto alguno para contrarrestar dicha imposición, los actos que la recurrente califica de anteriores y posteriores y como demostrativos de la supuesta voluntad del padre de consentir la atribución de la guarda y custodia de su hija, en

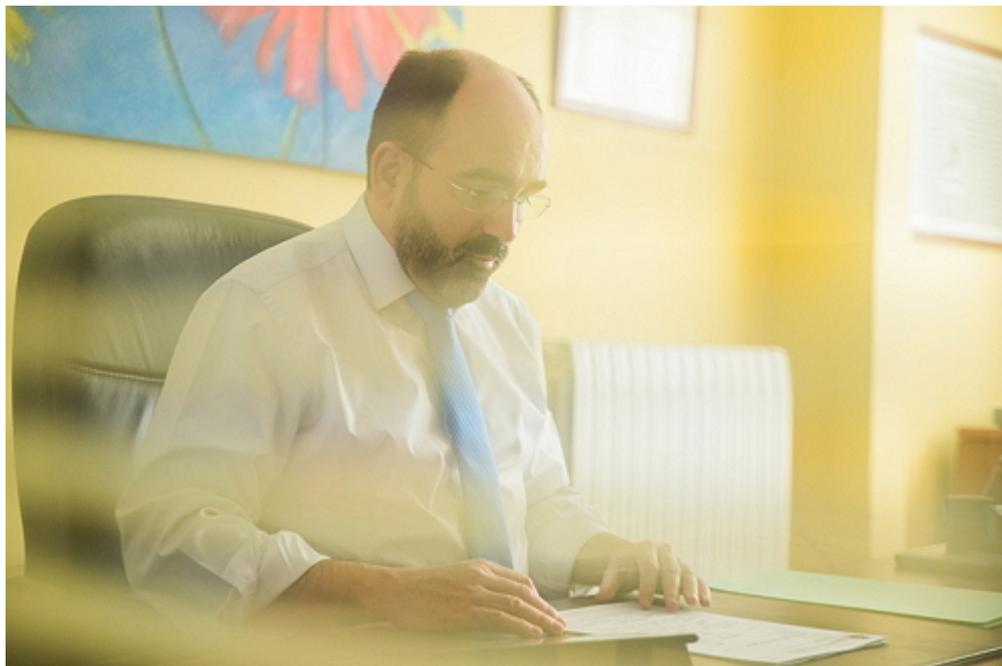
exclusiva, a su ex esposa.

En ese contexto, indiscutible, de imposición obligada, -sí o sí-, de la custodia materna, hablar de un acuerdo libre con valor de negocio jurídico de familia, y de que la modificación de medidas instada en este proceso por el demandante, trata de eludir dicho Acuerdo o pacto, ha de calificarse de argumento insostenible, por apoyarse o sustentarse en una realidad meramente «formal», pero no material o sustancial.

Tratar de obviar u olvidar que el acuerdo al que llegó el Sr. Joaquín con la Sra. Nieves, en lo tocante a la atribución y custodia de la hija común, lo fue en un marco en el que pendía la «espada de Damocles» del resultado incierto, entonces, de la causa penal abierta contra el primero, por la denuncia de la segunda, no es de recibo, porque, supone alejarse, inmotivadamente, de una valoración de la prueba regida por la racionalidad, la lógica y las máximas de experiencia.»

CONSEJO PROFESIONAL

A la vista de la jurisprudencia existente, tanto la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como la de las distintas Audiencias Provinciales –como, por ejemplo, Salamanca–, mi consejo como abogado de familia es:



Que todo padre al que le denieguen la custodia exclusiva o compartida **por estar inmerso en un procedimiento por violencia de género**, tan pronto como se archive el

procedimiento o se dicte sentencia absolutoria, **presente demanda de modificación de medidas** en el juzgado, solicitando la custodia exclusiva o compartida de sus hijos.

Estimados lectores, no importa que haya transcurrido mucho o poco tiempo desde que se dictó la sentencia cuya modificación se solicita, porque **el mero archivo de la causa penal por violencia de género constituye por sí solo una modificación sustancial de las circunstancias.**

Más información en:

Sentencia n.º 466/2019 de fecha 30 de septiembre dictada por la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca