

TRABAJO FIN DE MÁSTER
Máster Universitario en Abogacía
Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado
Universidad de La Laguna
Curso 2022/2023
Convocatoria de marzo

LA GUARDA Y CUSTODIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO: INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

**GUARDIANSHIP AND CUSTODY IN OUR LEGAL SYSTEM:
INCIDENCE OF FAMILY VIOLENCE**

Realizado por el alumno D. Alejandro Jorge Pacheco.

Tutorizado por el Profesor D. Juan Antonio García García.

Departamento: Disciplina Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Civil.

ABSTRACT

In this paper we will first approach the study of the custody and guardianship of minors in cases of marital or couple crisis, starting from the different models that our legal system includes, to then address the consequences that the existence of situations of domestic violence would have on the figure of the minors when deciding on the most favorable custody regime for the minor, as well as the other civil measures that are generally adopted by our Courts when we are faced with this type of situation.

We will analyze these two matters as a whole, as well as the regulation and practice of our Courts, in order to determine the criteria that will be established or taken into account when making one or the other decision.

Key Words: marital crisis; guardianship and custody; parental authority; individual custody; joint custody; intrafamily violence; gender violence; domestic violence; vicarious violence; best interests of the child; parentality.

RESUMEN

En el presente trabajo abordaremos primeramente el estudio de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o de pareja, partiendo de los diferentes modelos que nuestro ordenamiento recoge, para, a continuación, abordar las consecuencias que supondría la existencia de situaciones de violencia intrafamiliar sobre la figura de los menores a la hora de decidir acerca del régimen de custodia más favorable para el menor, así como el resto de medidas civiles que generalmente se adoptan por parte de nuestros Tribunales cuando nos encontramos ante este tipo de situaciones.

Analizaremos estas dos materias en su conjunto, así como la regulación y la práctica de nuestros Tribunales, al objeto de cuáles son los criterios que fijará o tendrá en cuenta a la hora de tomar una u otra decisión.

Palabras clave: crisis matrimonial; guarda y custodia; patria potestad; custodia individual; custodia compartida; violencia intrafamiliar; violencia de género; violencia doméstica; violencia vicaria; interés del menor o interés superior del menor; parentalidad.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.....	5
2.1. CONCEPTO.....	5
2.2. DIFERENTES FORMAS DE EJERCER LA GUARDA Y CUSTODIA.....	7
2.2.1. Custodia individual.....	7
2.2.2. Custodia compartida.....	8
2.2.2.1. Modelos de custodia compartida.....	9
2.2.3. Custodia partida o distributiva.....	10
2.2.4. Custodia atribuida a un tercero.....	10
2.3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA.....	11
3. LA VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES PRELIMINARES.....	15
3.1. REFORMAS DEL CÓDIGO EN MATERIA DE VIOLENCIA: ¿QUÉ TIPOS DE VIOLENCIA ENCONTRAMOS?.....	16
3.2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DIFERENTES TIPOS DE VIOLENCIA.....	22
3.3. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL ORDEN CIVIL A LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.....	25
3.4. RELEVANCIA CIVIL DE LOS DIFERENTES TIPOS DE VIOLENCIA.....	28
3.4.1. Medidas civiles a adoptar.....	29
3.4.2. Actuación jurisprudencial en lo referente a la guarda y custodia ante supuestos de violencia familiar.....	31
3.4.2.1. El interés del menor como criterio rector a la hora de adoptar el régimen de guarda y custodia por nuestros tribunales.....	34
4. DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS QUE INFLUYEN A LA HORA DE SUSPENDER EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.....	36
4.1. INGRESO EN PRISIÓN DE UNO DE LOS PROGENITORES (FUERA DE LOS CASOS PREVISTOS EN EL ART. 92.7 CC).....	36
4.2. ADICCIÓN DE UNO DE LOS PROGENITORES.....	39
5. CONCLUSIONES.....	41
6. BIBLIOGRAFÍA.....	44

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como objeto de estudio el estatuto jurídico de la víctima menor de cualquier tipo de violencia, con especial interés en las consecuencias jurídico-civiles, singularmente el régimen de guarda y custodia, que nuestro ordenamiento predispone para los casos de violencia en el ámbito intrafamiliar. Por ello, estudiaremos en este trabajo, primeramente, el marco general de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial (o crisis de la pareja en general, para englobar también las situaciones no fundadas en el matrimonio), para, a continuación, hacer referencia a la incidencia y a las consecuencias que de aquella violencia que se cometa dentro de un ámbito familiar se derivan en relación con la custodia y el régimen de visita de los menores.

La redacción de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha supuesto un avance muy importante, ya que trata de combatir la violencia sufrida por los niños y adolescentes desde una perspectiva integral, es decir, adoptando medidas dirigidas a *“la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.”*¹, garantizando, de alguna manera, los derechos fundamentales de éstos. En cuanto a los fines que recoge la norma en su artículo 3, especial mención al apartado f, donde se da garantía tanto a los niños como adolescentes víctimas de violencia, al asegurar la tutela judicial efectiva de éstos, mediante el fortalecimiento del marco civil, penal y procesal cuando se traten estas cuestiones. Esta ley, a su vez, integra unas medidas de prevención familiar enfocadas a la corresponsabilidad familiar destinadas a la prevención de posibles factores de riesgo que existan sobre los menores desde su primera infancia.

Asimismo, mediante la disposición final segunda, se introdujo una importante modificación en el Código Civil en cuanto al tema de la guarda y custodia ya que, supuso una nueva redacción de su artículo 92, introduciendo el interés superior del menor como requisito necesario para la adopción, por parte del Juzgador, de cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, además de introducir como

¹ Véase el art. 1.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, publicado en «BOE» núm. 134, de 05/06/2021.

causa para la no procedencia de la custodia conjunta la violencia de género de manera expresa en el apartado 7 de dicho artículo.

Por consiguiente, es ineludible partir, en este caso, de la separación o ruptura matrimonial, situación de quebrantamiento de la convivencia familiar de la que derivan una serie de consecuencias con directa repercusión sobre los menores fruto de esa relación ya que, la responsabilidad de los progenitores con respecto a los mismos no cesa, debiendo determinarse las medidas paternofiliales a adoptar, todas ellas centradas en el interés del menor, es decir, en beneficio y protección de los mismos, al ser ellos considerados como uno de los grandes perjudicados de la situación acaecida.

Debe recordarse que la guarda y custodia se contempla en el artículo 92 del Código Civil, entendiéndose por la misma, de manera simplificada, el deber de cuidado y atención que deben prestar los progenitores respecto de sus hijos. A lo largo de los años esta figura ha sufrido una importante evolución en cuanto a la forma en que se puede ejercer la misma, habiéndose establecido actualmente como presupuesto de partida que lo más beneficioso para el menor, según estudios y reciente jurisprudencia, es el ejercicio compartido de la misma, aunque lo cierto es que ello no siempre puede darse, ya sea por las malas relaciones entre los progenitores o la existencia de alguna causa que desaconseje por completo la no procedencia de dicho régimen de custodia compartida.

Pese a la idea de que la custodia conjunta por ambos progenitores respecto de sus hijos es, en principio, lo más beneficioso y por lo que se decantan más los jueces, como mencionamos antes, ello no es siempre posible. Así pues, el artículo 92 del Código Civil, en su apartado 7, recoge varias situaciones y circunstancias, en las que, por excepción no procedería un régimen de guarda y custodia conjunta, señalando a estos efectos, singularmente, que dicho régimen de guarda no procederá cuando uno de los progenitores se encuentra incurso en un proceso penal o haya sido condenado por atentar contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o hijos, o cuando existan indicios fundados de violencia doméstica, de género o vicaria, incluyendo, el maltrato animal.

Por otro lado, se trata de un tema que no está exento de debate, puesto que son muchos los criterios considerados por nuestros Tribunales y expertos en esta materia para decidir cuál es el régimen más beneficioso en estos casos para el menor. Ahora bien, la

evolución normativa en materia de protección a los menores en diferentes supuestos, hace la tarea más fácil al juzgador a la hora de tomar una decisión.

En definitiva, el orden que llevaré en esta exposición consistirá, en primer lugar, en analizar el régimen ordinario de la guarda y custodia, su concepto, sus presupuestos, así como la evolución que ha sufrido a lo largo de los años, donde comprobaremos que es una figura de actualidad y con una problemática creciente, dado la gran cantidad de casos y situaciones de muy diferente naturaleza que se plantean diariamente, y, en segundo lugar, otro tema, estadísticamente frecuente, desgraciadamente, en la sociedad actual, que es el de la existencia de la violencia, en todas sus vertientes, en el seno o convivencia familiar, y sus implicaciones en cuanto a la guarda y custodia de los menores.

Por último, y no menos importante, trataré una serie de circunstancias o situaciones que, de ocurrir, implicarían una posible suspensión del régimen de custodia que estuviere adoptado.

2. RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.

2.1. CONCEPTO.

El régimen de guarda y custodia de los menores viene estrechamente ligado a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, como uno de los contenidos de la misma, y es ésta una de las cuestiones más problemáticas a decidir cuando la pareja entra en crisis existiendo hijos menores de edad.

La patria potestad se basaría en la existencia de un “*vínculo de filiación entre los progenitores y sus hijos menores no emancipados*”². PÉREZ ÁLVAREZ define la patria potestad como “*el conjunto de deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos, unido a una serie de derechos que se les atribuyen para cumplir con dichos deberes*”³, incluyendo esos deberes lo relativo a la asistencia y formación integral de los hijos en todos los aspectos de la vida.

Ésta se recoge de manera expresa en el artículo 154 CC que recoge los deberes y facultades que han de cumplir los progenitores con respecto a sus hijos, todo ello ligado por el “**vínculo de filiación**” del que hablábamos antes.

De acuerdo con lo visto, ¿por qué decimos que existe una estrecha relación entre los términos de patria potestad y guarda y custodia?, ya que, cuando existe una convivencia familiar entre progenitores e hijos, es decir, cuando viven juntos, la guarda y custodia queda subsumida por la patria potestad, por ese ejercicio diario y cotidiano de la misma, correspondiendo, por tanto, a ambos progenitores.

Ahora bien, cuando esa relación que existe entre progenitores se rompe, produciendo la ruptura de la convivencia familiar, cobra sentido la distinción entre patria potestad, de una parte, y guarda y custodia, de otra, siendo necesario confiar, esta última, a uno o a ambos progenitores⁴, pudiendo, incluso, otorgarse a un tercero de manera excepcional, y ello de conformidad con el artículo 103 CC⁵. Por tanto, podríamos decir

² Lo refleja PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia*, p. 377; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, p. 36. Citado Por: MARTÍNEZ CALVO, J., *La Guarda y Custodia*, p. 26.

³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia*, pp. 382 y 385.

⁴ MARTÍNEZ CALVO, J., *La Guarda y Custodia*, pp. 30 y 31.

⁵ Véase el artículo 103 del Código Civil, publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

que la guarda y custodia, como situación autónoma y no embebida en el contenido de la patria potestad, sería una situación producida o derivada del cese de la convivencia familiar de los progenitores.

Esta figura viene regulada en el Capítulo IX del Código Civil, relativo a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, en los artículos 90 y ss., en concreto en su artículo 92, y, por la misma entendemos, tal como indica PERAL LÓPEZ, “vivir, cuidar y asistir a los hijos”⁶, es decir, implicaría la tarea de abarcar, por parte de los progenitores, todas esas funciones de protección, cuidado y asistencia de los hijos. Por tanto, cuando hablamos de guarda y custodia nos plantearíamos lo siguiente: quién vivirá con el menor y ejercerá su cuidado directo, y quién adoptará las decisiones diarias de menor importancia del mismo⁷. Una definición más amplia y, en mi opinión, bastante acertada, nos la ofrece GUILARTE MARTÍN-CALERO que la define como “aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia”⁸.

Dado que el concepto en nuestro ordenamiento jurídico no se recoge como tal, la doctrina, como vimos antes, y la jurisprudencia, han intentado desarrollar el mismo. Un ejemplo de ello, sería la STS 5553/1983, de 19 de octubre, que aclara el concepto de guarda y custodia definiéndola como “la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía, determinando que la misma es parte integradora de la patria potestad”⁹.

Cuando tratamos de definir lo que es la guarda y custodia, no podemos ofrecer un concepto único de la misma, y esto es así porque la custodia puede adoptar, en su

⁶ PERAL LÓPEZ, M.C., “La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visita”, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017, p. 333.

⁷ MARTÍNEZ CALVO, J., *La Guarda y Custodia*, p. 44.

⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, en *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, núm. 2/2008, p. 4. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2592869>

⁹ STS 5553/1983, de 19 de octubre de 1983.

ejercicio, diferentes tipos los cuales podemos observar en nuestro Código Civil: custodia exclusiva o individual, custodia compartida, custodia partida o distributiva y custodia atribuida a un tercero.

2.2. DIFERENTES FORMAS DE EJERCER LA GUARDA Y CUSTODIA.

Tal y como mencionamos antes, nuestro ordenamiento recoge diferentes formas de ejercer la guarda y custodia, así que procedamos a contextualizar cada una de ellas.

2.2.1. Custodia individual.

La custodia individual, tal y como su mismo nombre indica, se refiere a la atribución del menor exclusivamente a uno de los progenitores, independientemente, del otorgamiento, al otro progenitor, de un régimen de visitas o estancias con el menor. Este tipo de custodia se recoge en el artículo 92 CC. Por su parte, el artículo 92.7 CC establece que no se acordará una custodia compartida en casos de Violencia de Género o Violencia Doméstica, incluyendo también el maltrato animal. Asimismo, cabe mencionar que este modelo de custodia *“supone la automática atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*¹⁰.

Este modelo de custodia era el más utilizado hasta la llegada, tal y como veremos a continuación, de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que introdujo el modelo de custodia compartida.

Un ejemplo de adopción de este tipo de custodia por nuestros Tribunales, lo podemos observar en la STS 36/2016, de 4 de febrero, donde se deniega la custodia compartida por la condena, en este caso, al padre por un delito de amenazas en el ámbito familiar por dirigirse a la mujer en los siguientes términos: *“como no me den la custodia compartida te arrancio la piel a tiras, como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar”*¹¹, otorgándose la custodia de manera exclusiva a la madre, cumpliéndose así lo dispuesto

¹⁰ IGLESIAS MARTÍN, C.R., *La custodia compartida hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, p. 78.

¹¹ STS 36/2016, de 4 de febrero de 2016, FJ 2.

en el art. 92.7 CC, relativo a la no atribución de la guarda y custodia conjunta cuando existan indicios fundado de violencia doméstica. La sala fundamenta su decisión explicando que para establecer el régimen de la custodia compartida, es necesario que exista entre los padres una relación de respeto mutuo en su ámbito personal que le permitan la adopción de conductas y actitudes que beneficien al menor en su desarrollo emocional, la cual no existe bajo la rúbrica de esas amenazas, debiendo el menor, en base al art. 2 de la LO 8/2015, de 22 de julio, desarrollarse en un entorno libre de violencia.

2.2.2. Custodia compartida.

Si bien dijimos antes que la custodia individual era la decisión más habitual y tradicional, esto dio un giro importante con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio y la introducción de la custodia compartida en el Código Civil.

Pues bien, esta forma de custodia implicaría una labor de “*coparentalidad responsable y requiere u especial grado de consenso, de respeto y de colaboración entre los progenitores, que asumirán las responsabilidades para con sus hijos de manera equitativa, a través de un régimen de estancia racional y más o menos igualitario, en función de las circunstancias de cada familiar y siempre en interés del menor.*”¹², es decir, la estancia de los menores con ambos progenitores por periodos alternos, ya sea por quincenas, meses, etc.. La misma, al igual que la custodia individual, se encuentra regulada en el artículo 92 CC y no procederá, como dijimos antes, en los casos de VDG o Violencia en el ámbito familiar, al suponer esto un grave peligro para el menor. Cabe mencionar el informe del Ministerio Fiscal mencionado en el art. 92.8 CC, siendo una medida excepcional que establece que “*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*”. Anteriormente, ese informe debía ser favorable hasta el año 2012, cuando la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012 declaró dicho inciso inconstitucional por vincular el ejercicio de la potestad jurisdiccional a un acto de un

¹² IGLESIAS MARTÍN, C.R., *La custodia compartida hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, p. 81.

órgano externo. Ahora bien, como norma general, y, siempre que se pueda, la custodia compartida será el régimen a adoptar.

Un ejemplo de la adopción de este modelo de custodia lo observaríamos en la STS 757/2013, de 29 de noviembre, que, siempre y cuando no nos encontremos en algunas de las causas contempladas en el apartado 7 del art. 92, esta Sala enumera una serie de criterios recogidos como doctrina jurisprudencial que justifican el otorgamiento de este modelo de custodia: *“debe estar fundada en el **interés de los menores** que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los **deseos manifestados por los menores competentes**; el **número de hijos**; el **cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos** y el **respeto mutuo en sus relaciones personales**; el **resultado de los informes exigidos legalmente**, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”*¹³, criterios que se siguen utilizando en sentencias muy recientes de las Audiencias Provinciales como por ejemplo la Cádiz 21/2022, de 11 de Enero¹⁴ o la SAP Málaga 248/2022, de 10 de Febrero¹⁵.

2.2.2.1. Modelos de custodia compartida.

A su vez, la custodia compartida puede adoptar diferentes maneras de ser ejercida, ya según el domicilio en el que se ésta se realice o ya en función del tiempo de estancia que se pase con cada uno de los progenitores.

Por un lado, y **según el domicilio**, encontramos:

- 1. Custodia compartida con domicilio fijo de los hijos:** los domicilios permanecerán siempre en el mismo domicilio, siendo los padres los que roten.

¹³ STS 757/2013, de 29 de noviembre de 2013, FJ 3.

¹⁴ SAP Cádiz 21/2022, de 11 de enero de 2022, FJ 2.

¹⁵ SAP Málaga 248/2022, de 10 de febrero de 2022, FJ 2.

2. **Custodia compartida con domicilio rotatorio de los hijos:** en este caso, serán los hijos los que vayan rotando de domicilio.
3. **Custodia compartida coexistente:** tanto los progenitores como los hijos comparten domicilio, es decir, viven todos en el mismo domicilio.

Y, por otro lado, según el **tiempo de estancia** de los progenitores con los hijos, encontramos:

1. **Custodia compartida con mismo tiempo de estancia:** los progenitores tendrán a los hijos por mismos periodos de tiempo.
2. **Custodia compartida con diferente tiempo de estancia:** uno de los dos progenitores tendrá mayor tiempo consigo a los hijos.

2.2.3. Custodia partida o distributiva.

Este tipo de custodia implicaría la separación de los hermanos, a pesar de que el CC en su artículo 92.10 nos indique que hay que procurar no separar a los hermanos, por lo que para adoptar este tipo se debe dar por motivos muy justificados y siempre en interés de los hermanos, garantizando, no sólo, las relaciones paternas filiales, sino también la fraternal¹⁶. En resumen, supone que uno de los menores se quedará con la madre y, el otro, con el padre, garantizando un régimen de visitas continuo que *“posibilite el continuo contacto entre los hermanos”*¹⁷. Esta figura aparecería regulada en el artículo 96 CC, al decir: *“Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.”*. Se trata de la modalidad de custodia menos habitual en la práctica.

2.2.4. Custodia atribuida a un tercero.

Se trataría de una modalidad extraordinaria, prevista única y exclusivamente para cuando los progenitores, por las razones que fuere, no puedan asumir el cuidado y atención del menor tras la crisis matrimonial. Esta posibilidad se contempla expresamente en el artículo 103.1 CC al establecer que de manera excepcional *“los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no*

¹⁶ IGLESIAS MARTÍN, C.R., *La custodia compartida hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, p. 79.

¹⁷ Ibidem, p. 80.

haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.”, y siempre se acordará en interés del menor.

Un ejemplo de ello sería la STS 492/2018, de 14 de septiembre, que atribuye la guarda y custodia de una menor a su tía paterna, que fue quien se hizo cargo de ella tras el fallecimiento de su madre en 2012, mientras que le otorga al padre un régimen de visitas progresivo. Esta Sala fundó su decisión en que era en ese momento lo más beneficioso para la menor, ya que, según los informes que se realizaron, su tía era su principal referencia encontrándose, además, en un entorno seguro y estable, indicando en su caso, que el padre *“no está en condiciones de hacer efectiva una de las medidas que la integran, como es la guarda y custodia de la hija”*¹⁸.

2.3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA.

Antes de adentrarnos con los diferentes tipos de custodia, debemos hablar de la evolución normativa sufrida en esta materia que se ha producido en nuestra legislación desde la fase preconstitucional, con la Ley de Matrimonio de 1870, posteriormente con el Código Civil de 1899 y la Ley de 24 de abril de 1958, hasta la actualidad con la promulgación de la Constitución Española de 1978 y todo lo que la misma ha supuesto en cuanto ha alterado los presupuestos de nuestro ordenamiento jurídico en la materia.

La Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870, es la primera disposición que recogió el carácter obligatorio del matrimonio civil en España, y en cuanto a lo que nos interesa, se trató de una ley que utilizaba como criterio a la hora de otorgar la custodia de los hijos en un proceso de separación matrimonial, **la culpabilidad** de cualquiera de los cónyuges, es decir, que el menor quedaría bajo la custodia del no culpable. También, para el caso de que no existiera mala fe por parte de ninguno de los cónyuges a la hora de la anulación del matrimonio, esta misma ley disponía que los hijos varones mayores de 3 años quedarían a cargo del padre y las hijas a cargo de la madre, salvo que los hijos sean menores de 3 años, que en todo caso quedarían bajo la custodia de la madre hasta el cumplimiento de esa edad:

¹⁸ STS 492/2018, de 14 de septiembre de 2018, FJ 2.

“Art. 97. Anulado ejecutoriamente ente el matrimonio, los hijos varones mayores de tres años quedarán al cuidado del padre y las hijas al de la madre, habiendo habido buena fe por parte de ambos cónyuges.

Si la hubo tan sólo por parte de uno de ellos, quedarán los hijos de ambos sexos bajo su poder y a su cuidado.

Pero en todo caso continuarán al cuidado de la madre los menores de tres años hasta, que cumplan esta edad.”¹⁹.

En esta misma línea se encontraba también la redacción originaria del Código Civil de 1899, ofreciendo la misma solución bajo el criterio de la culpabilidad de los cónyuges, si bien con un sistema de matrimonio canónico obligatorio y sólo subsidiario civil.

Tiempo después, en 1932 y durante la Segunda República, se promulgó la primera ley que en nuestro ordenamiento establece el divorcio como causa de disolución. Se trataba de la Ley del Divorcio de 1932. Desde ese momento, el divorcio no precisaba de la culpabilidad de cualquiera de los cónyuges, sino de un mutuo acuerdo. Eso sí, para la atribución de la custodia de los hijos se seguía aplicando el criterio de la culpabilidad antes mencionado con alguna diferencia:

- En caso de que fuesen culpables ambos cónyuges o no lo fuese ninguno, será el Juez el que decida teniendo en cuenta lo más favorable para el hijo (favor filii).
- En caso de que el menor tuviera menos de 5 años, la custodia se atribuye a la madre (ya no eran 3 años)²⁰.

Esta Ley del Divorcio quedó anulada con el régimen franquista, al considerarse el matrimonio como único e indisoluble, lo cual dio paso a la promulgación de una nueva ley, la Ley de 24 de abril de 1958 que modificó determinados artículos del Código Civil de 1899. Esta ley estableció de nuevo un sistema de culpabilidad para asignar la custodia de los hijos, otorgándose al cónyuge no culpable, salvo para el caso de los hijos menores

¹⁹ Véase el artículo 97 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 348, de 14 de diciembre de 1870, páginas 1 a 4 (4 págs.).

²⁰ Véase el artículo 17 de la Ley del Divorcio de 1932, publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 71, de 11 de marzo de 1932, páginas 1762 a 1767 (6 págs.).

de 7 años que quedarán bajo la custodia de la madre (ya no eran 3 ni 5 años)²¹. En el caso de que ninguno fuese culpable, se aplicaría lo mismo que en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, con la diferencia de la edad, es decir, los hijos varones mayores de 7 años quedarán al cargo de la padre y las hijas al de la madre.

Ya en 1978, tras la promulgación de la Constitución Española que implicó la transición definitiva a la democracia, se aprobó la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio que supuso la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil.

En lo que a nosotros nos respecta, esta ley cambió el criterio principal sobre el que se fundamenta el régimen de guarda y custodia. Se suprime el criterio de la culpabilidad que se venía sosteniendo hasta ahora y se introduce el concepto de interés superior del menor. Pues los padres podían realizar un Convenio Regulador estableciendo de común acuerdo las medidas a adoptar en sus futuras relaciones personales y las de sus hijos, siendo el Juez que deberá ratificarlo o no en base al interés del menor²².

Aún no se contemplaba la custodia compartida, se le otorgaba a uno de los progenitores la custodia y al otro el derecho de visitas, con la excepción de que los menores de 7 años quedaban siempre, y salvo causa justificada, bajo la custodia de la madre.

Posteriormente, con la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, se suprimió el principio de preferencia materna en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo ya que, suponía, conforme a la Constitución Española, un trato discriminatorio para los padres de los hijos menores de 7 años, debiendo ser el juez, quién, siempre en beneficio de los hijos, considere a qué progenitor confiar el cuidado del menor o menores independientemente de la edad con la que cuenten éstos,

²¹ Redacción del artículo 70 del Código Civil con la Ley de 1958: “*Los hijos mayores de 7 años quedará al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres. Los hijos e hijas menores de 7 años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre*”.

²² Redacción del artículo 92 del Código Civil con la redacción de la Ley 30/1981: “*Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.*”.

produciendo así, una equiparación en la figura tanto materna como paterna en el ámbito de la guarda y custodia de los menores.

Una vez consagrado en la legislación civil el principio de igualdad, en materia de guarda y custodia, con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se produjo uno de los mayores avances incorporando dicha ley en el artículo 92.5 CC, *el ejercicio compartido de la guarda y custodia*, mejor llamada, la custodia compartida, que, actualmente, cuenta con la siguiente redacción: “*Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.*”²³.

Por último, quería hacer una breve referencia, ya que trataremos de ella más adelante, de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y las modificaciones que supuso en cuanto al tema de la violencia con especial repercusión sobre los menores. Esta ley incluyó dentro del término de violencia de género aquella “*violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad.*”²⁴, suponiendo ello una protección debida a los menores, enfocado ello en que la educación de los mismos sea desarrollada en un ambiente de desarrollo progresivo fuera de todo tipo de violencia. En lo referido al art. 92 CC, los principios básicos implementados por esta norma implican el reforzamiento del interés del menor en los procesos de nulidad, separación y divorcio, es decir, que tendrá como objetivo principal garantizar los derechos fundamentales de los menores frente a cualquier tipo de violencia, estableciendo a su vez, unas medidas tendentes a la protección del menor cuando se encuentren ante este tipo de situaciones.

²³ Véase el art. 92.5 del Código Civil, publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

²⁴ Véase el Preámbulo II de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, publicado en «BOE» núm. 134, de 05/06/2021.

3. LA VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES PRELIMINARES.

A lo largo de la historia, la violencia familiar ha sido y sigue siendo, a día de hoy, un grave problema social, no teniendo consecuencias solamente sobre la víctima directa, es decir, aquella a la que el agresor/a ataca, sino también sobre los menores, quienes viven muy de cerca este tipo de situaciones ya que, se trata de situaciones producidas dentro de un entorno familiar, convirtiéndose el menor, por lo tanto, en una auténtica “*víctima familiar*”, tal y como indican VILLANUEVA, GÓRRIZ y CUERVO²⁵. Si bien, con respecto a los menores, no fue hasta el año 2015 cuando llegaron las primeras reformas legales tendentes a la protección del menor. Así pues, se dio un gigantesco paso con la redacción de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia ya que, tras la entrada en vigor de esta ley, no solo la mujer será considerada víctima de violencia de género, sino que los menores se convertirán también en víctimas directas de esta violencia otorgándoles la protección debida.

Por tanto, podríamos definir la violencia familiar como aquel tipo de violencia ejercida dentro de la convivencia familiar “*por parte de uno de los miembros contra otro, contra algunos de los demás o contra todos ellos*”²⁶. Se perpetra dentro del hogar y puede ser ejercida por un miembro de la familia contra otro, independientemente del género, “*afectando, de una u otra forma, a todos los miembros de la familia*”²⁷.

Ahora bien, la violencia familiar tiene indudable repercusión en la esfera del menor, aunque no se haya perpetrado contra él ya que, a pesar de ello, tal y como mencionamos antes, sigue siendo víctima de una manera u otra. Cuando nos referimos a la violencia familiar y su repercusión directa sobre los menores, queremos analizar, desde un punto civil, los distintos tipos de violencia que existen y las consecuencias civiles que acarrearán respecto a los menores.

²⁵ VILLANUEVA BADENES, L., GÓRRIZ, A.B. y CUERVO, K., “Cuando el menor es víctima de la violencia”, en *Revista Electrónica de Motivación y Emoción (REME)*, vol. 12, núm. 32-33, 2009. Disponible en <http://reme.uji.es/articulos/numero32/article5/texto.html>

²⁶ MORA CHAMORRO, H., *Manual de protección a víctimas de violencia de género*, p. 90.

²⁷ FERNÁNDEZ SANTIAGO, P., *Serie Ciencia Política*, p. 14.

3.1. REFORMAS DEL CÓDIGO EN MATERIA DE VIOLENCIA: ¿QUÉ TIPOS DE VIOLENCIA ENCONTRAMOS?

La evolución llevada a cabo en materia de violencia desde finales del siglo XX, principios del XXI, permite la existencia de diferentes textos legislativos, tanto a nivel de derecho internacional como de derecho interno, que contienen definiciones relativas a la violencia, por lo que vamos a hablar de alguno de ellos.

Por un lado, en cuanto a legislación a nivel internacional, nos encontramos con el 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, tratándose del primer instrumento legal y vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y doméstica. Los objetivos del presente convenio vendrían señalados en su primer artículo, pero, de manera resumida, su principal objetivo sería la abolición de toda forma de violencia que exista contra las mujeres, otorgándoles la protección legal adecuada, distinguiendo entre violencia contra la mujer y violencia doméstica.

Ahora bien, quiero destacar las definiciones que este convenio, en su artículo 3, recoge sobre el término “violencia contra las mujeres” y “violencia doméstica”. Pues, a los efectos de este convenio:

- Por un lado, define en su artículo 3.a el concepto de violencia contra la mujer: *“Por **“violencia contra las mujeres”** se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*.
- Por otro lado, define en su artículo 3.b el concepto de violencia doméstica: *“Por **“violencia doméstica”** se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”*.

Seguidamente, el Convenio nos habla del concepto de género y explica de manera clara el concepto de violencia contra la mujer por razones de género en su apartado d,

señalando que por tal “*se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*”²⁸.

Por otro lado, en cuanto a legislación a nivel interno, nos encontraríamos con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, una ley tan reciente como novedosa en esta materia. Se trata de una ley muy importante ya que, atiende al derecho de los menores de no ser objeto de ningún tipo de violencia, yendo más allá al regular la protección integral de éstos frente a este tipo de situaciones, debiendo adoptarse las medidas necesarias para garantizar los derechos del menor a la protección, tales como, medidas de protección, asistencia, recuperación de la víctima, etc.

Así pues, al igual que con el Convenio, interesaría destacar la definición que daría esta ley de la violencia, pero, en esta ocasión, a diferencia del convenio, ambientada en el menor. La misma se encuentra recogida en su artículo 1 y viene a decir lo siguiente:

“A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

*En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.”*²⁹.

Ahora bien, llegados a este punto, es necesario hablar, por lo que supone para el tema de nuestro trabajo, de la evolución sufrida por los actuales artículos 92 y 94 CC en materia de violencia, es decir, de cómo se han ido integrando los diferentes tipos de

²⁸ Véase el art. 3 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.

²⁹ Véase el art. 1.2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, publicado en «BOE» núm. 134, de 05/06/2021.

violencia en la legislación civil, siendo éstos tenidos en cuenta a la hora de otorgar o no la custodia a uno o ambos progenitores, al igual que para establecer el régimen de visitas y comunicaciones.

No fue hasta el año 2005, año en el que se introdujo, como mencionábamos con anterioridad, la custodia compartida, cuando se introdujo ya, de una manera expresa, aquellas situaciones relacionadas directamente con la violencia, que suponían la no atribución de la custodia de los menores a aquel progenitor que se vea incurso en alguna de esas causas mencionadas en el apartado 7 del artículo 92³⁰. Además, ya observamos al final de este precepto uno de los diferentes tipos de violencia que estudiábamos con anterioridad, la violencia doméstica³¹.

En cuanto a los supuestos de violencia de género, no venía recogido de manera expresa en nuestro Código Civil, sino que se recogía en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 65 que establecía que “*El Juez **podrá suspender** para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.*”. La diferencia que aquí se observa es que si se daba algunos de los supuestos recogidos en el Código Civil, según su redacción, automáticamente no procedía la guarda y custodia, en cambio, de la redacción que recoge la Ley 1/2004, en los supuestos de violencia de género no se aplicaba esa automaticidad, sino que sería el Juez el que según lo que el considere y vea tomará una decisión al respecto suspendiendo o no el ejercicio de tal derecho.

El artículo 92 CC, a excepción de un inciso del apartado 8 que en el año 2012 se declaró inconstitucional y nulo, y no se volvió a remodelar hasta el año 2021. Fue la STC 185/2012, de 17 de octubre³², la que declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el artículo 92.8 CC de acuerdo con la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Pues antes de la reforma, para la adopción de la guarda y custodia compartida, fuera de los casos contemplados en el art. 92.5, es decir, cuando no existiera acuerdo entre los progenitores, para que el juez decretara la custodia compartida, se

³⁰ Redacción del artículo 92.7 del Código Civil del año 2005: “*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.*”.

³¹ Idem: “*(...) la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*”.

³² STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012.

requería de un informe favorable del Ministerio Fiscal, sin el cual, no podría aplicarse dicha medida. Tras la declaración de inconstitucionalidad de dicho inciso, será ahora exclusivamente el Juez quien, existiendo controversia entre los progenitores, decida acerca de la adopción de tal medida considerando, en base a las circunstancias concretas, cuál será la situación más beneficiosa para el menor.

Ya en el año 2021, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 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 jurídica, y, de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se modifican los artículos 92 y 94 del CC.

Por un lado, en el artículo 92.7 CC se incluye, al fin, otro de los tipos de violencia ya vistos con anterioridad, la violencia de género, y digo al fin, ya que, a pesar de que los tribunales, antes de esta modificación, ya la tuvieron en cuenta a la hora de decidir acerca de la custodia de los menores por lo desarrollada que está ya esa materia y la abundante normativa que existe sobre la misma, ya se recogía de manera expresa, dándosele la importancia que merece esta figura que viene acorde a la evolución jurisprudencial sufrida en esta materia sobre la cual se ha luchado y se sigue luchando en la actualidad.

Y, por otro lado, en el artículo 94 CC, sobre el establecimiento del régimen de visitas y estancia, también se incluyen de manera expresa los supuestos de violencia, al igual que en el artículo 92, que si existieran, impedirían el otorgamiento de este derecho al progenitor que se encuentre incurso en alguno de ellos³³.

Actualmente, y, con la última modificación sufrida, en concreto, por el artículo 92.7 CC, se incluye la violencia contra animales, violencia que, como estudiamos antes, incluimos dentro de la violencia vicaria. Así pues, se modifica el apartado 7 por el artículo

³³ Véase el artículo 94 del Código Civil, publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889: “(...) No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que 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. Tampoco procederá 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. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior. (...)”

1.3 de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, incluyendo como supuesto para el no otorgamiento de la custodia “*la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.*”³⁴, una novedad importantísima en esta materia ya que, podría darse el caso de que no se produzca una situación de violencia contra los hijos o pareja pero sí contra los animales que forman parte de esa familia, constituyendo ello acto una forma de violencia familiar.

Además, se incluyó en el Código Civil un artículo 94 bis como consecuencia del artículo 1.4 de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en el que se recoge que la autoridad judicial, conforme al interés de los miembros de la familia y bienestar animal sin importar quien posea la titularidad dominical del animal, confiará a uno o ambos cónyuges su cuidado determinando, en su caso, la forma en la que el cónyuge no lo tenga pueda tenerlo en su compañía³⁵.

Llegados a este punto, contemplamos tres tipos de violencia a tener en cuenta a la hora de entrar a valorar el régimen de custodia y de visitas a adoptar: la violencia doméstica, la violencia de género y la violencia vicaria, dentro de la cual incluimos el maltrato animal.

Como podemos observar, la violencia, en sus diversas formas, y, de manera progresiva, se ha ido incluyendo como causas para la no procedencia de una figura muy importante en nuestro derecho y con directa repercusión sobre los menores como es la guarda y custodia y el régimen de visitas, supeditado todo ello, al interés superior del menor, que, al fin y al cabo, es una figura que necesita una protección mayor.

Una vez expuestas la reformas en materia de violencia experimentadas en el Código Civil, considero importante hablar de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre**³⁶ que aborda el tema de la posible inconstitucionalidad de la privación al progenitor del derecho de visitas y estancia por imposición legal y de la posibilidad que tendría un progenitor, de manera unilateral, de proporcionar tratamiento psicológico a sus hijos ante situaciones de violencia doméstica o de género.

³⁴ Ibidem, art. 92.7 CC.

³⁵ Ibidem, art. 94 bis CC: “*La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales.*”.

³⁶ STC 106/2022, de 13 de septiembre de 2022.

El origen de ello fue la modificación del artículo 94 CC tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, interponiéndose recurso de inconstitucionalidad por 52 diputados del Grupo Parlamentario VOX del Congreso de los Diputados contra el artículo 2, apartados 10 y 19, de la citada ley. El recurso interpuesto se estructuró en dos partes:

- a) La inconstitucionalidad del artículo 2.10 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en la redacción que efectuó del párrafo cuarto del artículo 94 CC, por vulneración de los artículos 24, 117.3, 122 y 9.3 CE.
- b) La inconstitucionalidad del artículo 2.19 de la citada ley, en la redacción que efectuó del párrafo segundo del artículo 156 CC, por vulneración del artículo 117 en relación con el 39 CE.

En primer lugar, se rechazó la inconstitucionalidad del inciso segundo del párrafo cuarto del artículo 94 CC. Pues, el recurso interpuesto entendía que de la redacción de dicho precepto, existía una vulneración del art. 24 CE porque no se respetaba el derecho al Juez predeterminado por Ley ya que, permitía al Juez de lo civil prejuzgar cuestiones penales en materia de VDG y doméstica a la hora de decidir acerca del régimen de visitas. El TC lo rechazó en base a una serie de argumentos que resumiremos a continuación:

- El perjuicio que podría suponer el transcurso del tiempo en las relaciones paternofiliales.
- La necesidad de adoptar medidas eficientes y protectoras en relación con los menores que puedan estar incurso en situaciones de violencia.
- Que a la hora de adoptarse por el Juez la decisión relativa a la visitas, comunicaciones y estancias, esta decisión deberá estar suficientemente motivada y no será una decisión automática, tal y como se alegaba en el recurso, es decir, que se requerirá una resolución motivada.
- Y, por último, que se le otorgue al Juez civil la capacidad de considerar los indicios existentes de violencia doméstica o de género a la hora de tomar una decisión en cuanto al régimen de visitas, comunicaciones y estancia, no supondría otorgarle la competencia de juzgar el delito, cosa muy distinta, no infringiendo, así, ni el derecho al juez predeterminado por ley del art. 24.2 CE ni la reserva de Ley Orgánica de los arts. 81.1 y 122 CE.

En segundo lugar, se señaló la inexistencia de la vulneración del art. 117 en relación con el art. 39 CE ya que, se consideró que la atribución a un solo progenitor de

la decisión sobre la conveniencia de que un hijo reciba atención y asistencia psicológica no era contrario al principio de exclusividad jurídica ya que, en caso de enfrentamiento entre los progenitores resultaría complicado llegar a un acuerdo, pudiendo ello contravenir el interés del menor, además de que dicha decisión no estaría exenta del control judicial preceptivo.

En definitiva, ese automatismo del que habla el recurso, podemos observar que en la práctica no se da, salvo en casos de alta gravedad, siendo, por tanto, constitucional dichos preceptos recurridos, otorgándosele al Juez de lo civil esa capacidad de decidir en todos los casos previstos, restándole ese automatismo al resto del artículo 94 CC.

3.2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DIFERENTES TIPOS DE VIOLENCIA.

- 1. Violencia Doméstica**
- 2. Violencia de Género**
- 3. Violencia Vicaria**

La violencia familiar en cualquiera de sus formas puede incluir diferentes tipos de abuso, como:

- **Violencia Física:** tal y como su nombre indica, se refiere a todo tipo de actos u acciones que causen lesiones corporales de manera intencional tales como: golpes, empujones, quemaduras, etc.
- **Violencia Psicológica:** se trataría de un tipo de violencia donde no entra en juego el apartado físico, sino que se llevan a cabo conductas destinadas a ocasionar en la víctima un sufrimiento emocional o psíquico. Puede llevarse a cabo por actos de acción u omisión.

Se desarrolla, en su mayoría, a través de la verbalidad y englobaría conductas como las humillaciones, insultos, amenazas, chantaje, gritos, burlas y un sinnúmero de actuaciones tendentes a desgastar, de manera progresiva, psicológicamente a la víctima,

desembocando ello, tal como indican diversos autores, entre ellos, OLMEDO CARDENETE, en el denominado “*síndrome de la mujer maltratada*”³⁷.

- **Violencia Sexual:** serían aquellas conductas tendentes a obligar o someter a la víctima a ser partícipe de actos sexuales sin consentimiento. Ello desembocaría en delitos como la violación, abusos sexuales, acoso sexual, etc.
- **Violencia Económica:** la violencia económica como tal, no viene definida en nuestro ordenamiento jurídico, pero se trataría de controlar o conseguir que la víctima dependa financieramente del agresor, teniendo éste último un control de los ingresos suyos y de la víctima, llegando a provocar una situación de abuso económico, donde la víctima depende, para mantenerse, exclusivamente del agresor.

En primer lugar, se entiende por **Violencia Doméstica**, todo acto de violencia física o psíquica ejercida, en el seno de la familia, tanto por un hombre como por una mujer, sobre cualquiera de las personas contempladas en el artículo 173.2 del Código Penal³⁸, es decir, aquí el sujeto activo y pasivo, a diferencia de la violencia de género, puede ser tanto un hombre como una mujer, aunque, de los datos del Instituto Nacional de Estadística cabe señalar que en el año 2021 de las 8.240 víctimas registradas en asuntos de violencia doméstica, el 61,4% fueron mujeres, por lo que, mayoritariamente, se produce en la forma de maltrato del hombre a la mujer³⁹. Por lo tanto, la violencia doméstica englobaría todos aquellos actos de violencia que se cometan frente a cualquier miembro de la familia, bien sean entre hermanos, hacia niños, hacia personas de avanzada edad, contra el hombre en relación de pareja, de hijos hacia sus padres, etc., es decir, que se puede manifestar de diversas formas.

En segundo lugar, se entiende por **Violencia de Género** aquella que, “*como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder*

³⁷ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, p. 64.

³⁸ Véase el art. 173.2 del Código Penal, publicado en «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

³⁹ Instituto Nacional de Estadística. Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG), 2021. Disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176866&menu=ultiDatos&idp=1254735573206.

*de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”, y así viene definida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴⁰, por lo tanto, sería aquel tipo de violencia que se aplica sobre una mujer dentro de una relación de pareja o expareja. Se trata de una violencia estructural ya que, radica en la desigualdad, teórica o culturalmente existente, entre hombres y mujeres. Ahora bien, considero que la definición más acertada y aceptada doctrinalmente de Violencia de Género es la que se recoge en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer propuesta por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, que la define como “*Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada.*”⁴¹, debiendo existir la relación de pareja o expareja que antes mencionábamos.*

Como bien sabemos, las situaciones de violencia de género no se comenzaron a visibilizar como tal hasta finales del siglo XX, cuando se introdujeron finalmente en nuestra legislación, protegiendo a la mujer ante situaciones de violencia ejercidas frente a ellas que anteriormente se enmarcaban en el ámbito privado o, de tal manera, se justificaban, ocupando el género masculino una posición de superioridad frente al femenino. Las primeras normas desarrolladas en materia de violencia de género fueron meramente punitivas, pero, de manera progresiva, se han ido desarrollando otro tipo de normas tendentes a la prevención de este tipo de conductas y protección de las víctimas⁴².

Y, por último, la **Violencia Vicaria**, la cual se engloba dentro de la violencia de género, y, siguiendo la definición de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, introducida en el apartado 4 del artículo 1 como consecuencia de la disposición final 10 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, se entendería como aquel tipo de violencia ejercida “*con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte*

⁴⁰ Véase el art.1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, publicado en «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.

⁴¹ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

⁴² CALVO GARCÍA, M., “La violencia de género como violación de derechos humanos. El papel de los movimientos sociales en la lucha por los derechos”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., RODRÍGUEZ URIBES, J.M., PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Coord.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, p. 162.

*de las personas indicadas en el apartado primero.*⁴³, por lo tanto, se trata de un tipo de violencia que se ejercerá sobre la mujer, ya que se le considera como la víctima principal, pero, con el matiz de que la persona que sufre la acción directa física o psicológica serán los hijos e hijas fruto de esa relación, es decir, que el daño se llevará a cabo en esta ocasión por medio de terceros, tratándose pues, de una modalidad de violencia de género ya que, lo que se pretende por el padre es *“causar el mayor daño posible a la madre de estos niños y niñas”*⁴⁴.

Por otro lado, y, por medio de una regulación muy reciente, dentro de la terminología de violencia vicaria en el contexto de la violencia de género, se ha introducido aquella que se ejerce no sólo a través de los hijos, sino ahora también a través de los animales. Así pues, sobre la base de nuestro estudio, el artículo 92.7 CC en su último apartado recoge como causa de suspensión de la guarda conjunta *“la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.”*.

3.3. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL ORDEN CIVIL A LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

Cuando hablamos de la violencia dentro del ámbito civil, es necesario hablar de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Los JVM son creados con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la violencia de género⁴⁵, entrando en funcionamiento el 29 de junio de 2005. Se trataría de un órgano especializado, ubicado dentro del orden jurisdiccional penal, con competencias tanto penales como civiles, lo cual suscitó bastante polémica a la hora de su creación. Concentraría dentro en un mismo órgano jurisdiccional un proceso penal y civil, debiendo ambos derivar de una misma situación de conflictividad en el seno de una relación matrimonial o de afectividad. Esto le permitiría instruir por un lado, el acto delictivo de violencia de género cometido por el hombre contra la que ha sido su mujer o pareja, y, por otro lado, resolver la cuestión de Derecho de Familia que exista entre víctima y agresor. Tal y como indica ORDOÑO ARTÉS, *“esta solución a pesar de sus*

⁴³ Véase el art.1.4 de la Ley Orgánica 1/2004, publicado en «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.

⁴⁴ YUGUEROS GARCÍA, A.J., La protección de los menores víctimas de violencia de género en España, en *Revista de Ciencias Sociales (Aposta)*, núm. 70, 2016, pp. 38-52. Disponible en <http://apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/yugueros1.pdf>

⁴⁵ Véase el art. 43 de la Ley Orgánica 1/2004, publicado en «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.

*inconvenientes se justifica por razones de especialización, concentración y coordinación, objetivos que se pueden cumplir mejor mediante esta fórmula.*⁴⁶. Por tanto, la incorporación por parte de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de los artículos 87 bis y ter a la LOPJ y del artículo 49 bis a la LEC, suponía la atribución de la jurisdicción civil y penal a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los casos de violencia de género.

Esta creación trataba de evitar la interacción e incompatibilidad entre los jueces de instrucción en el proceso penal y los jueces civiles en relación con las medidas que se tomaban sobre cuestiones como la guarda y custodia o el régimen de visitas de los hijos. Además, estos juzgados suponen un gran favor tanto a las víctimas como a los menores ya que, con anterioridad, la víctima de violencia de género tenía que acudir a diferentes juzgados para reclamar sus derechos, mientras que, ahora, y gracias a la especialización de este órgano judicial, esas circunstancias personales de la víctima y de su familia, son tratadas de manera unificada en un mismo órgano especializado, otorgándose, en mi opinión y creo que la de la mayoría, un tratamiento mucho más favorable de la situación.

Expuesto todo lo anterior, pasaremos a comentar la competencia civil que tendrán estos Juzgados y que viene contemplada en el artículo 87 ter LOPJ.

En este sentido, el artículo 87 ter.2 LOPJ, atribuye a los JVM la competencia para decidir acerca de una amplia lista de materias civiles⁴⁷:

- a) Asuntos civiles sobre “*filiación, maternidad y paternidad*” (arts. 764 a 768 LEC).
- b) Los que versen sobre la “*nulidad del matrimonio, separación y divorcio*” (arts. 769.1 y 2 a 777 LEC).
- c) “*Los que versen sobre relaciones paterno filiales*” (arts. 154 a 171 CC).
- d) “*Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar*” (art. 753 LEC).

⁴⁶ Lo refleja ORDOÑO ARTÉS, C., “La atribución de competencias en el orden civil a los juzgados de violencia sobre la mujer”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (Coord.), *La Ley Integral. Un estudio multidisciplinar*, pp. 444-469.

⁴⁷ Véase el art. 87 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicado en «BOE» núm. 157, de 02/07/1985.

e) “*Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores*” (arts. 164 a 168 LEC).

f) “*Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción*” (arts. 779 y 781 LEC).

g) “*Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*” (arts. 779 y 780 LEC).

Asimismo, el art. 87 ter.3 atribuye de manera exclusiva y excluyente, en el orden civil, la competencia a los JVM siempre que concurren de manera simultánea los siguientes requisitos⁴⁸:

“a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.

c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.”

En correlación con lo ya expuesto, cabe añadir que los menores podrán ser parte de los procesos civiles sustanciados antes estos juzgados siempre y cuando “*también se haya producido un acto de violencia de género*” contra, en este caso, su madre, de conformidad con lo establecido en el art. 87 ter.1 a), es decir, esta actuación requería de unidad de acto:

- 1- Un acto de violencia de género cometido frente a la mujer.
- 2- Un acto de violencia sobre los menores.

⁴⁸ Ibidem, art. 87 ter.3 LOPJ.

Por su parte, el art. 49 bis LEC, introducido por el art. 57 de la LO 1/2004, recoge aquellos supuestos donde el juez civil que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil pierde su competencia, debiendo inhibirse tan pronto como tenga conocimiento de la comisión de un acto de violencia de género.

Por último, y, en cuanto a la competencia territorial, habría que acudir al art. 15 bis LEC, introducido por el art. 59 de la LO 1/2004, disponiendo que será competente territorialmente el JVM del lugar del domicilio de la víctima.

3.4. RELEVANCIA CIVIL DE LOS DIFERENTES TIPOS DE VIOLENCIA.

Una vez analizadas y explicadas los diferentes tipos de violencia intrafamiliar con repercusión directa en los menores, nos preguntamos qué relevancia civil tendrá para nuestros Tribunales la aparición de alguno de estos tipos de violencia en las relaciones familiares y la manera en que se protege a las víctimas.

Como bien sabemos, en los casos de violencia doméstica y/o de género, existe un instrumento legal para la víctima llamada la Orden de Protección, regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y que sirve, como bien indica su nombre, para proteger a todas aquellas víctimas de la violencia doméstica y/o de género frente a todo tipo de agresiones sufridas. Cabe decir, que a pesar de que el artículo 544 ter de la LECrim no haga mención expresa a las víctimas de violencia de género, el artículo 62 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, extiende dicho precepto a las mismas.

Se antoja necesario nombrar esta medida, puesto que, además de las consecuencias penales que pueda acarrear, puede conllevar la adopción de medidas civiles cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, *“siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.”*, tal y como dispone el artículo 544.7 ter de la LECrim⁴⁹.

⁴⁹ Véase el art. 544.7 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17/09/1882.

Así pues, nuestros tribunales, ya sea de oficio por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, o, a petición de la víctima, representante legal o Ministerio Fiscal, siempre y cuando dichas medidas no hayan sido ya acordadas por un Juzgado de Primera Instancia o de Familia, ante este tipo de situaciones de violencia familiar, y siempre que concurra la existencia de menores o incapaces, podrá tomar una serie de medidas civiles que tendrán como finalidad primordial proteger a la víctima de las situaciones que vive, y, a los menores que, sin duda alguna, verán gravemente afectado su desarrollo vital, pudiendo repercutir de manera seria en su bienestar tanto físico como psicológico.

3.4.1. Medidas civiles a adoptar.

¿Cuáles serían esas medidas civiles que puede solicitar la víctima o ser instadas por nuestros Juzgados o Tribunales?

Tal y como afirma la sentencia de la AP de Madrid 149/2019 de 30 de enero, se trataría de “*adoptar medidas de protección idóneas para garantizar el bienestar de la menor*”⁵⁰, siendo éstas, las siguientes:

- a) **Privación de la patria potestad:** esta medida, tal y como dispone la sentencia de la AP de Albacete 690/2021 de 10 de noviembre “*es una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva.*”⁵¹, pues, se debe atender en este caso, y de manera prioritaria, al interés del menor, además del deber de comprobar un efectivo incumplimiento en los deberes de cuidado y asistencia imputables al titular o titulares de la patria potestad para poder privar de la misma.

- b) **Guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores:** a diferencia de la patria potestad, que, por regla general, corresponderá a ambos progenitores, el tema de la guarda y custodia dependerá de la casuística del caso, pudiendo atribuirse a uno solo o a ambos.

Nuestros tribunales a la hora de decir acerca de la guarda y custodia de los menores, a parte del interés superior del menor, tienen en cuenta la posibilidad de comunicación entre los progenitores, es decir, que la relación de ambos debe basarse en

⁵⁰ SAP de Madrid 149/2019 de 30 enero de 2019, FJ 4.

⁵¹ SAP de Albacete 690/2021 de 10 noviembre de 2021, FJ 4.

el mutuo respeto y el intercambio de información sobre las cuestiones relevantes para sus hijos, creando así, un clima de lealtad donde los hijos se sientan beneficiados a través de esa cooperación indispensable.

Un ejemplo de ello sería la STS 729/2021, de 27 de octubre donde no se atribuyó la custodia compartida porque se consideró que no era el sistema más óptimo, estableciendo la sentencia lo siguiente: *“de los hechos probados en la sentencia penal, queda acreditado el **desprecio del padre hacia la madre**, y el **tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella**, por lo que resulta **inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores**, y es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua.”*⁵².

Por otro lado, también nos encontramos con el régimen de visitas, un derecho regulado en el artículo 94 del CC y que sería aquel derecho que le otorga a los padres la comunicación con sus hijos. Esta medida tendrá como fundamento estrechar el vínculo entre padres e hijos cuando no ostenten la guarda y custodia de los mismos y, por lo tanto, no exista convivencia diaria con los mismos⁵³.

Al igual que en la patria potestad, la suspensión de esta medida tendrá carácter excepcional, ya que deberán concurrir ciertas circunstancias graves para suspenderla.

- c) **Pensión de alimentos a favor de los menores:** el concepto de alimentos tiene su marco jurídico en el artículo 142 CC y se entiende como aquella contribución que se realiza en favor de los hijos menores de edad cumpliendo la función de satisfacer sus necesidades, siendo una obligación de los padres prestarla, tal y como indica el artículo 152 del CC. También puede otorgarse a favor de hijos mayores de edad siempre que se cumplan unos determinados requisitos.

La jurisprudencia para fijar el importe de los alimentos a favor de los hijos es reiterativa, teniendo en cuenta las posibilidades económicas del obligado al pago.

⁵² STS 729/2021, de 27 de octubre de 2021, FJ 7.

⁵³ PERAL LÓPEZ, M.C., “La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visita”, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017, p. 360.

La STS 394/2017, de 22 de junio, nos indica lo siguiente: “*Lo que no tiene en cuenta la Audiencia es que la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil, de "las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento". En lo que aquí interesa supone que no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2.º) del CC si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (sentencia 564/2014, de 14 de octubre).*”⁵⁴.

d) Atribución de la vivienda familiar: se trataría de una medida íntimamente ligada con la guarda y custodia. En el caso de la existencia de hijos menores, la vivienda se otorgará al cónyuge que se le otorga la guarda y custodia, por lo que, en temas de violencia de género, por regla general la vivienda será atribuida a la madre que convive con los hijos comunes con el agresor, tal y como señala nuestra jurisprudencia, por ejemplo en la STS 117/2017, de 22 de febrero, tomando en consideración el principio del interés del menor y de la víctima⁵⁵.

3.4.2. Actuación jurisprudencial en lo referente a la guarda y custodia ante supuestos de violencia familiar.

Nuestro Tribunal Supremo, de manera reiterada, viene afirmando, como por ejemplo en la STS 175/2021, de 29 de marzo⁵⁶, STS 559/2020, de 26 de octubre⁵⁷ o la STS 311/2020, de 16 de junio⁵⁸, que el régimen de custodia compartida deber ser el normal y deseable, no teniendo carácter de excepcional, en base al derecho que tienen los

⁵⁴ STS 394/2017, de 22 de junio de 2017, FJ 2.

⁵⁵ STS 117/2017, de 22 de febrero de 2017, FJ 1: Se atribuye el uso de la vivienda a los hijos, y en su caso, a la madre sin ningún límite temporal. Asimismo, se establece que la atribución de la vivienda se realiza en favor del interés de los menores en el caso de existir hijos.

⁵⁶ STS 175/2021, de 29 de marzo de 2021.

⁵⁷ STS 559/2020, de 26 de octubre de 2020.

⁵⁸ STS 311/2020, de 16 de junio de 2020.

hijos de relacionarse con sus padres aún en situaciones de crisis, siendo, a priori, lo más deseable.

De modo general, esto es, fuera de los casos previstos en el art. 92.7 CC, es decir, fuera de aquellos casos donde se presencie alguno de los tipos de violencia contemplados en dicho precepto, las circunstancias que nuestros tribunales valoran a la hora de si procede o no la custodia conjunta son las siguientes:

1ª. Capacidad de los progenitores de mantener una relación de respeto mutuo y cooperación, requisito necesario a la hora de comunicarse los progenitores entre sí sobre cuestiones de la vida cotidiana de los menores, tal y como se indica en la STS de 21 de octubre de 2015⁵⁹.

2ª. El cuidado y atención que debe darse por parte de los progenitores sobre sus hijos, es decir, la relación de estos con sus hijos.

3ª. Disponibilidad horaria, pues, tal y como indica la STS de 15 de octubre de 2014, no sería beneficioso una custodia compartida en caso de que uno de los progenitores no disponga del tiempo suficiente para estar con el menor⁶⁰.

4ª. Cercanía de domicilios, en caso de una guarda y custodia conjunta con domicilio rotatorio de los menores.

5ª. Edad y deseos del menor, criterio que entra en correlación con el interés superior del menor, no siendo determinante, pero sí relevante, siendo un elemento más a evaluar, tal y como indica la STS 249/2018, de 25 de abril⁶¹.

6ª. Plan de parentalidad, tratándose de un instrumento donde se recogerán las obligaciones parentales respecto de sus hijos, determinándose así, la responsabilidad de cada una de las partes de manera detallada, debiendo ser analizado y cuestionado jurídicamente tal y como indica el TS, como por ejemplo en la STS 194/2018, de 6 de abril⁶²

⁵⁹ STS 585/2015, de 21 de octubre de 2015, FJ 6: “Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor”.

⁶⁰ STS 515/2015, de 15 de octubre de 2014, FJ 5.

⁶¹ STS 249/2018, de 25 de abril de 2018, FJ 2.

⁶² STS 194/2018, de 6 de abril de 2018, FJ 2: “Tiene declarado la sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal”.

7ª. Informe psicosocial para los menores de 12 años donde se estudiará cual será el régimen más favorable o la exploración del menor para los mayores de 12 años donde serán oídos ante el Juez y Fiscal.

La cosa cambia ante la existencia de situaciones de violencia intrafamiliar. Como ya bien sabemos, el art. 92.7 CC recoge todos aquellos supuestos en los que no procede la adopción de la guarda conjunta. Ahora bien, queremos centrarnos en las circunstancias o criterios que los jueces tienen en cuenta, a la hora de decidir acerca de la adopción de la guarda y custodia, ante supuestos de violencia.

Queda claro que, conforme al art. 92.7 CC, la violencia de género o la violencia que, de alguna manera se haya podido ejercer contra los menores es incompatible con el régimen de guarda y custodia compartida, pero esto no operará de manera automática siempre, sino que la decisión habrá de estar adaptada a lo que viene siendo el criterio rector a tener en cuenta cuando hablamos de la guarda y custodia de los menores: **el interés del menor**. Constituye pues, siempre y cuando sea posible, “*el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar la decisión sobre el régimen de guarda más beneficioso para el menor.*”⁶³.

Para ello, el Tribunal Supremo no se queda en la mera denuncia, sentencia condenatoria o el auto acordando la orden de protección, sino que a su vez, analiza los hechos, la gravedad de los mismos, el como afecta a los menores, y otras circunstancias para argumentar el por qué no es lo más favorable la adopción de un régimen de custodia conjunta. Un ejemplo de ello, sería la STS de 27 de octubre de 2021 en la que existe una sentencia condenatoria al padre por un delito de violencia de género, de maltrato y un delito leve continuado de vejaciones injustas, justificando el TS, junto con la sentencia condenatoria, la no procedencia de un régimen de guarda y custodia compartida ante la existencia de una falta de actitud de cooperación y respeto, en este caso, por parte del padre hacia la madre, observando así, que el TS no solo se queda en los requisitos contemplados el art. 92.7 CC, sino que va más allá⁶⁴.

⁶³ DOMINGUEZ OLIVEROS, I., *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?*, p. 103.

⁶⁴ STS 729/2021, de 27 de octubre de 2021.

3.4.2.1. El interés del menor como criterio rector a la hora de adoptar el régimen de guarda y custodia por nuestros tribunales.

Sobre la base de cordialidad y respeto que deben tener los padres, el interés del menor se concibe tanto por la doctrina como por nuestra jurisprudencia, como el principio básico a la hora de determinar que régimen de custodia aplicar, debiendo, por tanto, interpretarse, todos los requisitos establecidos en el art. 92 CC, con esta única finalidad⁶⁵, ocupando así, en estos casos, un escalón superior a la relación mantenida por los progenitores.

Así pues, aparte de la existencia de un proceso penal en marcha por alguna de las causas recogidas en el art. 92.7 CC o de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, de género o vicaria como causa para la no procedencia de la custodia conjunta, el Consejo General del Poder Judicial, en el año 2020, creó una guía de criterios para la atribución de la custodia ante situaciones de violencia que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el art. 92.7 CC, facilitando, de esta manera, la labor a los jueces, debiendo valorarse de manera conjunta las siguientes circunstancias:

1ª. Incumplimientos graves y reiterados de las obligaciones familiar, es decir, el desinterés mostrado por parte del progenitor hacia sus hijos que puede ocurrir en situaciones de violencia intrafamiliar.

2ª. La gravedad de los hechos también serán tenidas en cuenta en relación con el previsible riesgo existente contra el menor.

3ª. El hecho en cuestión. Hablaríamos aquí del tipo penal concurrente, con independencia de si existe o no condena.

4ª. La repercusión de esos hechos sobre el menor, es decir, si ha estado presente. Esto influiría de una manera grave en la integridad moral y desarrollo del menor, teniendo una repercusión directa ante ellos, tal y como establece la STS 36/2016.

5ª. La declaración de la víctima, por supuesto.

6ª. Circunstancias del progenitor investigado: antecedentes penales, patologías de cualquier tipo, etc.

⁶⁵ DOMINGUEZ OLIVEROS, I., *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?*, p. 103.

7ª. La audiencia el menor, constituyendo un trámite necesario, tal y como se recoge en el art. 92.6 CC.

8ª. Se tendrá en cuenta también el dictamen de especialistas debidamente cualificados, o, dicho de otra manera, los informe psicosociales, tal y como se recoge en el art. 92.9 CC.

9ª. Por último, si se adoptó o no la Orden de Protección ya que, su estimación, implicaría la exclusión de la adopción de un régimen de custodia compartido.

4. DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS QUE INFLUYEN A LA HORA DE SUSPENDER EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.

La guarda y custodia, tal y como hemos visto antes, puede suspenderse por varios motivos, es decir, que no solo se toma como criterio los establecidos en el art. 92.7 CC, sino que va más allá, y todo ello sobre la base del interés superior del menor como figura predominante. Pues bien, en este último apartado de mi TFM, quiero ir más allá, analizando una serie de circunstancias que, de ocurrir, podrían influir a la hora de suspender o no el régimen de custodia que estuviese establecido, así como el resto de derechos inherentes a un acuerdo de medidas paternofiliales. He de recalcar que habrá un sinfín de circunstancias diferentes que supondrían un análisis de las medidas adoptadas hasta el momento en que dicha circunstancia ocurre, con el fin de si se cambia o no lo establecido, pero, nos centraremos en dos de ellas.

4.1. INGRESO EN PRISIÓN DE UNO DE LOS PROGENITORES (FUERA DE LOS CASOS PREVISTOS EN EL ART. 92.7 CC).

Cuando nos encontramos ante situaciones en las que se establecen medidas paternofiliales, cabe señalar la posibilidad de que se produzca un cambio de circunstancias en la familia que conlleve, a su vez, un cambio de medidas que se llevará a cabo a través de la correspondiente demanda de modificación de medidas. Uno de estos cambios de los que hablamos podría ser el ingreso en prisión de uno de los progenitores, por causas ajenas a las establecidas en el art. 92.7 CC, lo cual, implicaría una limitación de las medidas que se hubiesen adoptado tras haber variado notablemente las circunstancias familiares.

Nos preguntamos qué derechos tienen las personas condenadas respecto de sus hijos, pues bien, partimos de lo que establece el art. 25.2 CE reconociendo al condenado los derechos fundamentales reconocidos en ese capítulo, siempre y cuando dichos derechos no sean limitados por sentencia. Esos derechos de los que hablamos serían los referidos a las visitas y comunicaciones con los menores, de ahí lo dispuesto en el art. 160.1 CC: *“En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la*

preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.”, recalcando que, esas visitas se le otorgarán al progenitor condenado siempre y cuando, en base al interés superior del menor, sea recomendable. Así pues, el art. 94 CC establece que dicho derecho podrá ser suspendido por la propia autoridad judicial “si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.”, así como también recoge las causas en las que no procede el establecimiento de un régimen de visitas y comunicaciones, o, en el caso de que existiera, se suspendería, no procediendo cuando el 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. Tampoco procederá 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.”.

Ahora bien, a continuación nos centraremos en los principales cambios que dicho ingreso en prisión de un progenitor tendría sobre los menores en el caso de la existencia de medidas paternofiliales.

Por un lado, en cuanto a la patria potestad, y, por ser esta un derecho indisponible, no habría obstáculo legal para que el progenitor privado de libertad, siempre y cuando tuviese reconocido ese derecho antes del ingreso en prisión, siga ostentando el mismo, aunque, como venimos repitiendo a lo largo del trabajo, deberá estar presente el interés superior del menor, pudiendo ésta ser suspendida si se dieran circunstancias que así lo aconsejen. Un ejemplo de ello sería la SAP Burgos 244/2021, de 21 de junio⁶⁶ que establece que el hecho de que uno de los progenitores se encuentre en prisión no justifica *per se* que se suspenda el ejercicio de tal derecho.

En segundo lugar, en cuanto a la custodia podríamos encontrarnos ante diversos escenarios. Nos podríamos encontrar con el caso de que la custodia estuviese atribuida únicamente a un solo progenitor o estuviese atribuida a ambos. En el caso de que la misma la ostente un solo progenitor y éste no sea el que se encontrara en situación de privación de libertad, no supondría ningún problema. Para el caso de que la misma la ostente el progenitor privado de libertad, como es lógico, al no poder éste ejercer dicho derecho, el

⁶⁶ SAP Burgos 244/2021, de 21 de junio de 2021, FJ 2.

menor a priori, pasará al cuidado del progenitor que se encuentre en libertad, siempre y cuando, tras las observaciones realizadas por el Tribunal, considere que se encuentra apto para el cuidado del mismo, ya que, en caso contrario se nombrará a un tercero para su cuidado, al que también se le examinará. Y, por último, en el caso de que la custodia sea compartida sería mucho más sencillo, ya que la custodia, a priori, la pasaría a ostentar el progenitor no privado de libertad.

Otro de los temas debatibles cuando nos encontramos ante este tipo de situaciones, sería la manutención de los hijos, o, como mejor la conocemos, la pensión de alimentos. ¿Se deja de pagar la pensión de alimentos si se ingresa en prisión? La respuesta es no. Nuestro Alto Tribunal ya se ha pronunciado sobre ello y ha dictaminado que esa obligación de pagar alimentos no se extinguirá con el ingreso en prisión del progenitor obligado a pagarla, siempre y cuando, y aquí viene la excepción, no se acreditara la falta de recursos para poder pagarla⁶⁷, aplicándose en estos casos lo establecido en el art. 152.2 CC: *“Cesará también la obligación de dar alimentos:2.º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.”*

Expuesto lo anterior, retomamos el derecho por excelencia cuando nos encontramos ante este tipo de circunstancias, ya que, es uno de los derechos que, aunque sea de manera limitada, si se dan una serie de circunstancias se podrá seguir disfrutando. Hablamos por tanto del derecho de visitas y comunicaciones que tendrá el progenitor privado de libertad respecto de sus hijos y viceversa. Como bien mencionamos antes, este derecho no siempre se podrá llevar a cabo y esto se debe a múltiples factores que deben ser valorados por los jueces tales como si el delito cometido ha sido por violencia de género, si el progenitor ha sido condenado por un delito muy grave, si ha sido cometido en presencia de sus hijos menores y un largo etcétera. También dependerá del grado penitenciario en el que se encuentre el progenitor. Dicho esto, en caso de que se acuerde que procede el derecho de visitas de los hijos al progenitor privado de libertad, ¿cómo se llevarán a cabo dichas visitas? El artículo 160 CC dispone que el menor será trasladado al centro penitenciario por medio de un familiar o profesional, fuera del horario escolar y en un entorno adecuado para éste. Respecto a esto último, las visitas no han de ser en todos los casos visitas en sentido estricto ya que, para el caso de que se demuestre la

⁶⁷ STS 564/2014, de 14 de octubre de 2014, FJ 2.

inconveniencia de que el menor acuda al centro penitenciario, este derecho también podrá ejercitarse por medio de la comunicación telefónica.

Así pues, a modo de conclusión, podemos afirmar que el ingreso en prisión por parte de un progenitor, no conlleva la pérdida de derechos respecto de sus hijos, manteniéndose el derecho de visitas con respecto a éstos siempre y cuando no haya sido suspendido tal derecho por la autoridad judicial ya que, hay que entender el ejercicio de este derecho en beneficio de los menores, teniendo como objeto cubrir las necesidades afectivas que median entre padres e hijos, evitando así la ruptura en sus relaciones.

4.2. ADICCIÓN DE UNO DE LOS PROGENITORES.

El consumo de alcohol o de drogas es uno de los motivos por los que se le puede privar, al progenitor adicto, de la custodia de sus hijos.

Partiríamos aquí, como base, que se debe proteger el interés y beneficio de los hijos menores de edad por delante del de los progenitores, debiendo ser tenido en cuenta ello por los juzgados. Para ello, se valorará, en primer lugar, que se pruebe la situación de adicción, y, una vez probada, se atenderá a la gravedad de la misma, así como a las consecuencias que ello acarrearía sobre los menores en su vida cotidiana, como por ejemplo en su rendimiento escolar, ámbito emocional, etc., es decir, que se acredite que esa situación repercute negativamente sobre el menor. Un ejemplo de esto último podría ser cuando el progenitor estando con los niños, debido a la adicción, los desatiende en sus tareas educativas, no les prepara comida, los deja solo en la vivienda y un sinnúmero de situaciones más.

Un ejemplo de ello, sería la SAP Córdoba 593/2018, de 18 de septiembre⁶⁸ en la que se acuerda la atribución de la guarda y custodia de manera exclusiva a la madre debido a la adicción que dispone el padre al tabaco. La decisión se fundó en la irresponsabilidad llevada a cabo por el padre y el poco interés que mostraba en evitar que sus dos hijos menores, de 10 y 13 años en ese entonces, respiraran el humo proveniente del tabaco, siendo esto de manera habitual, en espacio cerrado (su vivienda), llegando incluso a fumar en la habitación de sus hijos, llegándose a la conclusión de que ello suponía un alto factor de riesgo para los menores perjudicando gravemente su salud.

⁶⁸ SAP Córdoba 593/2018, de 18 de septiembre de 2018, FJ 2.

Otro ejemplo sería la SAP Lugo 573/2020, de 9 de diciembre, relativa a un caso en el que el progenitor no custodio tenía a su favor un derecho de visitas respecto a la hija el cual es suspendido en base a una serie de factores tales como la presencia por parte de la menor de episodios de violencia en el domicilio paterno, los informes académicos que demostraban la mejoría notable desde que permanece de manera exclusiva con la madre y las adicciones del padre, manifestadas por él mismo, llegando incluso, según declaraciones policiales, a llevarse a su hija menor para realizar actos de tráfico, concluyendo la Audiencia que *“los períodos de permanencia de la menor en el domicilio paterno representan un riesgo para el ejercicio responsable de la custodia.”*⁶⁹, acordándose su suspensión.

Por último, cabe decir que lo más conveniente cuando nos encontramos ante este tipo de situaciones, y, con el fin de evitarle un perjuicio mayor al menor, sería la solicitud de medidas cautelares acuerdo al art. 158 CC, tendentes a *“La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.”*, que, aun teniendo carácter provisional, se aplicarán de forma momentánea, a diferencia de la vía general que consistiría en la interposición de una demanda de divorcio o separación o de medidas extramatrimoniales que se extenderá durante meses.

⁶⁹ SAP Lugo 573/2020, de 9 de diciembre de 2020, FJ 3.

5. CONCLUSIONES.

A lo largo de los años, en nuestro país, nuestros Tribunales han ido variando sus pronunciamientos respecto a la guarda y custodia de los menores. En un principio, la corriente jurisprudencial se decantaba, en la mayoría de los casos, por otorgarle de manera exclusiva la custodia a la madre, llegando a convertirse esa decisión en la tradicionalmente correcta. Una vez se consagra, en materia de guarda y custodia, el principio de igualdad en nuestra legislación civil, se produce un gran cambio en esta materia. Pues, con la aparición de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se introdujo, en el art. 92 CC, un nuevo modelo de custodia compartida que giraría en torno al interés superior del menor, cambiando así, esa corriente jurisprudencial consistente en otorgarle la custodia unilateralmente a la madre, pasando a ser lo común, hasta día de hoy, un ejercicio compartido de la custodia a favor de ambos progenitores ya que, por regla general, es la decisión más favorable para los intereses del menor. Esto último no hay que entenderlo al pie de la letra, es decir, como una imposición automática de dicho modelo, ya que considero que se atentaría contra los intereses del menor al entrar en juego diversos aspectos que habría que valorar como por ejemplo la presencia de algún tipo de violencia intrafamiliar, siendo un hecho, desgraciadamente, muy habitual en nuestra sociedad, entre muchos otros.

Dicho esto, considero adecuado evaluar separadamente una serie de conclusiones que he extraído a medida que he ido avanzando en mi trabajo, siendo éstas las siguientes:

PRIMERA.- La guarda y custodia constituye un derecho y una obligación de los padres que nace a raíz de una separación o divorcio, debiendo, a priori, ejercerse en igualdad de condiciones y siempre en beneficio del menor. Realizando este trabajo, he podido observar, como mencioné antes, la tendencia cambiante de nuestros Tribunales a la hora de conceder la custodia compartida siempre y cuando sea en beneficio del menor.

A mi parecer, esta tendencia, por parte de nuestros Tribunales, creo que en muchas ocasiones es concebida de manera errónea, ya que no podemos fundar una decisión por el carácter preferente o prioritario de un régimen de custodia determinado, sino que habrá de atenderse, de manera pormenorizada, al caso en concreto, ya que el entender que existe un modelo de custodia preferente, a pesar de que no opere la automaticidad en su adopción, estaría en cierta manera atentando el interés del menor. Cuando digo esto, me refiero que el juzgador deberá alejarse de esa tendencia y realizar, caso a caso, un análisis

profundo tanto de las circunstancias familiares como las personales del menor. Asimismo, considero que a la opinión del menor es importante pero no hasta el punto de ser definitiva, ya que no siempre lo que ellos quieran es lo mejor para sus intereses, puesto que considero que se les puede influenciar muy fácilmente pudiendo llegar a tener una visión distorsionada tanto de los hechos como de sus padres. Y esto lo digo porque, a pesar de que la opinión del mismo no sea vinculante, existe una serie de procedimientos que han sido resueltos en base a la voluntad de los menores y es por ello por lo que vuelvo a repetir la importancia de esa labor de análisis que se debe llevar a cabo por nuestros Tribunales en cada caso en concreto.

Dicho esto, y, alejándome de la idea de que exista un modelo de custodia preferente, soy partidario de la adopción de la custodia compartida cuando se den las circunstancias para su adopción, pero cuando hablemos de esto, lo correcto es señalar que el modelo que se adopte debe ser el que mejor se adapte al menor. Es por ello, que el interés superior del menor cobra relevancia, convirtiéndose en el principio predominante a la hora de decidir por parte de los jueces acerca de la determinación del modelo de custodia más acertado.

SEGUNDA.- En contraposición del interés del menor del que hablábamos, aparecen los episodios de violencia producidos dentro del seno familiar del que son partícipes directo los menores, acarreando ello consecuencias jurídico-civiles con repercusión directa a la hora de adoptar un determinado régimen de guarda y custodia, así como otras medidas paternofiliales.

No podemos olvidar la importancia evolución que se ha llevado a cabo en estos últimos años en materia de normas tendentes a la protección de las víctimas y, sobre todo, a la protección del estatuto jurídico del menor.

Nuestros Tribunales ante la existencia de indicios o actos de cualquier tipo de violencia de las estudiadas en el trabajo son claros, suprimen la titularidad del derecho de guarda y custodia al progenitor incurso en un procedimiento penal de los contemplados en el art. 92.7 CC o condenado por el mismo, o, como mencionamos antes, ante la existencia de indicios fundados de violencia. Esto es así porque, para los menores, estar expuesto a la violencia familiar supondría un grave riesgo en su desarrollo y bienestar emocional y psicológico, repercutiendo negativamente en su vida diaria como por ejemplo en su rendimiento económico.

En mi opinión, es importante concienciar, empezando por los más jóvenes, de las consecuencias negativas que implicarían todas aquellas actuaciones violentas, no debiendo ser considerado un tema tabú entre los más jóvenes, ya que creo que forma parte del desarrollo evolutivo de éstos. Lo que se debe de hacer es concienciar a los mismos de que la violencia de género, así como cualquier otro tipo de violencia familiar son comportamientos denigrantes e injustos, penados por nuestras leyes. Considero que la evolución normativa que se ha llevado a cabo en temas de violencia, protección de menores, etc., ha supuesto un gran cambio, pero, a mi parecer creo que el complemento perfecto para ello se basa en la concienciación de la sociedad y, sobre todo las futuras generaciones, de lo que supone la violencia a través de programas o charlas que deberían ser traídos a los colegios.

TERCERA.- Por último, si analizamos la atribución de la guarda y custodia en los supuestos de violencia familiar, la pregunta que nos haríamos sería la siguiente: ¿es compatible la custodia compartida ante la existencia de un progenitor agresor? Mi respuesta sería no. A mi parecer, no es factible la adopción de un modelo de custodia compartida cuando uno de los progenitores resulta ser un agresor, se haya producido este acto en presencia o no de los menores, ya que siendo los progenitores la referencia más directa de sus hijos, los valores que vea reflejados en ellos son los que se le inculcarán de manera directa o indirecta, además de los posibles traumas que este tipo de situaciones les pueda crear en los mismos. Por tanto, para mí resultaría totalmente incompatible el ejercicio de una custodia compartida cuando uno de los progenitores resulta ser un agresor, debiendo primar el bienestar del menor por encima de los derechos de los padres frente a éstos.

Dicho esto, resultaría interesante la creación de un texto normativo dirigido a la regulación única y exclusiva de la custodia compartida donde se recoja como se ejercitará el ejercicio de este régimen, así como aquellos supuestos que, en caso de ocurrir, implicarían la imposibilidad de adopción de dicho modelo.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- CALVO GARCÍA, M., “La violencia de género como violación de derechos humanos. El papel de los movimientos sociales en la lucha por los derechos”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., RODRÍGUEZ URIBES, J.M., PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Coord.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Vol. IV, Tomo V, Cap. IV*, Dykinson, Madrid, 2013.
- DOMINGUEZ OLIVEROS, I., *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FERNÁNDEZ SANTIAGO, P., *Serie Ciencia Política*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, en *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, núm. 2/2008, 2008.
Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2592869>.
- IGLESIAS MARTÍN, C.R., *La custodia compartida hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTÍNEZ CALVO, J., *La Guarda y Custodia*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MORA CHAMORRO, H., *Manual de protección a víctimas de violencia de género*, 1ª ed., Editorial Club Universitario, Alicante, 2008.
- OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.
- ORDOÑO ARTÉS, C., “La atribución de competencias en el orden civil a los juzgados de violencia sobre la mujer”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (Coord.), *La Ley Integral. Un estudio multidisciplinar*, 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- PERAL LÓPEZ, M.C., “La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visita”, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia*, 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

- VILLANUEVA BADENES, L., GÓRRIZ, A.B. y CUERVO, K., “Cuando el menor es víctima de la violencia”, en *Revista Electrónica de Motivación y Emoción (REME)*, vol. 12, núm. 32-33, 2009.

Disponible en <http://reme.uji.es/articulos/numero32/article5/texto.html>.

- YUGUEROS GARCÍA, A.J., “La protección de los menores víctimas de violencia de género en España”, en *Revista de Ciencias Sociales (Aposta)*, núm. 70, pp. 38-52, 2016.

Disponible en <http://apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/yugueros1.pdf>.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (recurso Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre de 2022 (recurso de inconstitucionalidad 5570-2021).

Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo 5553/1983, de 19 de octubre de 1983.
- Sentencia del Tribunal Supremo 757/2013 (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre de 2013 (recurso 494/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo 564/2014 (Sala de lo Civil), de 14 de octubre de 2014 (recurso 660/2013).
- Sentencia del Tribunal Supremo 515/2015 (Sala de lo Civil), de 15 de octubre de 2014 (Resuelve el recurso contra la SAP Guipúzcoa, sección 3ª (civil y penal), de 22 de Julio de 2013).
- Sentencia del Tribunal Supremo 585/2015 (Sala de lo Civil), de 21 de octubre de 2015 (recurso 1768/2014).
- Sentencia del Tribunal Supremo 36/2016 (Sala de lo Civil), de 4 de febrero de 2016 (recurso 3016/2014).
- Sentencia del Tribunal Supremo 117/2017 (Sala de lo Civil), de 22 de febrero de 2017 (Estima el recurso de casación contra la SAP Valladolid 67/2015, 25 de Marzo de 2015).
- Sentencia del Tribunal Supremo 394/2017 (Sala de lo Civil), de 22 de junio de 2017 (recurso 352/2016).
- Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018 (Sala de lo Civil), de 6 de abril de 2018 (Desestima el recurso de casación contra SAP Granada 224/2017, de 9 de Junio de 2017).
- Sentencia del Tribunal Supremo 249/2018 (Sala de lo Civil), de 25 de abril de 2018 (recurso 3090/2017).

- Sentencia del Tribunal Supremo 492/2018 (Sala de lo Civil), de 14 de septiembre de 2018 (Estima el recurso de casación contra la SAP Granada 355/2017, 13 de Octubre de 2017).
- Sentencia del Tribunal Supremo 311/2020 (Sala de lo Civil), de 16 de junio de 2020 (recurso 2560/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 559/2020 (Sala de lo Civil), de 26 de octubre de 2020 (recurso 802/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo 175/2021 (Sala de lo Civil), de 29 de marzo de 2021 (recurso 3110/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 729/2021 (Sala de lo Civil), de 27 de octubre de 2021 (recurso 445/2021).

Audiencia Provincial

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, 593/2018 (Sección 1ª), de 18 de septiembre de 2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 149/2019 (Sección 1ª), de 30 enero de 2019.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, 573/2020 (Sección 1ª), de 9 de diciembre de 2020 (recurso 563/2020).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, 244/2021 (Sección 2ª), de 21 de junio de 2021 (recurso 44/2021).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, 690/2021 (Sección 1ª), de 10 noviembre de 2021.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 21/2022 (Sección 1ª), de 11 de enero de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, 248/2022 (Sección 1ª), de 10 de febrero de 2022.