



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Patria Potestad en los casos de Violencia de Género

Presentado por:

Celia Teresa Gil

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín- Calero

Valladolid, 13 de julio de 2022



RESUMEN

En el presente trabajo se ha tratado “La patria potestad en casos de violencia de género”. Es por ello por lo que nos centraremos en analizar dos instituciones totalmente distintas, como son la patria potestad y la violencia de género, además posteriormente, abordaremos la forma de yuxtaponerlas.

Al mismo tiempo, desde una perspectiva de índole feminista y en beneficio del interés del menor, se efectuará un análisis más detallado de como nuestros antepasados asentaron ciertos ideales que a día de hoy se mantienen presentes.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad, guarda y custodia, violencia de género, cónyuges, menores, custodia compartida, medidas civiles, régimen de visitas, crisis, convivencia, Orden de Protección, Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

ABSTRACT

This paper analyses the area of “Parental authority in cases of gender-based violence” That’s why it’s focused on two different legal institutions like parental authority and gender-based violence and also the way to dealing with them together.

At the same time from a feminist point of view and the interest of the child a further study will be done in terms of the way our ancestors set certain ideals that are still keeping in mind today.

KEY WORDS: Custody, gender violence, spouse, minors, shared custody, civil measures, regimen visits, coexistence crisis, protection order, Judged Violence against Women.



1. INTRODUCCION

2. PATRIA POTESTAD

2.1 Concepto y evolución

2.2 Normativa

2.3 Elementos, efectos y extinción

2.4 Privación de la patria potestad

2.5 Defensor judicial en relación a la patria potestad

2.6 Guarda y Custodia

2.6.1 Diferencias entre patria potestad y guarda y custodia

3. VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1 Concepto y tipología

3.2 Normativa

3.2.1 Ley Orgánica 1/2004

3.2.2 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer AG ONU, 1993

3.2.3 Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y Ley Orgánica 3/2017

3.2.4 Derechos de la infancia y la adolescencia y su protección conforme a la Ley Orgánica 8/2021

3.2.5 Ley 27/2003

3.2.6 Código Penal

4. LA PATRIA POTESTAD A EXAMEN ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

5. CONCLUSIONES

6. JURISPRUDENCIA

7. BIBLIOGRAFÍA



1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos centraremos en analizar dos instituciones totalmente distintas, como son la patria potestad y la violencia de género, además posteriormente, abordaremos la forma de yuxtaponerlas.

Para este análisis comenzaremos con una amplia explicación de la patria potestad como forma de *ponernos en situación* y poder alcanzar así, un mejor conocimiento sobre la materia a tratar, conectándolo con un estudio detallado de la violencia de género y la normativa en protección de las víctimas y el interés del menor.

Tras este recorrido, llegamos a la fusión de los puntos más trascendentales, incidiendo en el objetivo del trabajo.

Concluyendo, en el último de los puntos, con un examen jurisprudencial de sentencias del Tribunal Supremo en materia de ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas y custodia compartida.



2. PATRIA POTESTAD

2.1 Concepto y evolución

En base al concepto de patria potestad, los progenitores cuentan con una serie de derechos, los cuales concede la propia Ley, sobre sus hijos menores o incapacitados y bienes, todo ello con el objetivo de facilitar y asegurar los derechos que recaen sobre los mismos.

El Código Civil en su artículo 154 establece que *“los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores”*, así como que *“la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”*.

El término patria potestad fue creado en el Derecho Romano, concediendo al varón un imperium domestico familiar, reconocido por la ley como patria potestad o potestas. La configuración del derecho de familia se ha visto influenciada por la concepción jurídica romana de la familia, conservando así, el Código Civil las instituciones jurídicas romanas. La titularidad de la patria potestad era ostentada por el pater familias, representando el “reino del padre”, convirtiéndose en pater, todo ciudadano libre de potestad paterna proveniente de un ascendiente masculino, normalmente por el fallecimiento del padre o abuelo. El ejercicio de la patria potestad no podía ser llevado a cabo por las mujeres, al encontrarse estas equiparadas a sus propios hijos bajo la potestad del pater¹.

Esta evolución si supuso un cierto cambio tanto en el poder del pater, el cual sufrió una humanización como respecto los hijos, donde estos adquirieron independencia a través de la doctrina de los peculios, reconociéndoles una serie de poderes.

Sin embargo, este poder, en el Derecho Germánico, es extendido a todos los hijos de mujer sometida, contando con el mismo carácter absoluto que en el Derecho Romano, pero a diferencia de este, el carácter perpetuo desaparecía radicalmente. Si es cierto que, se facilita el camino hacia la independencia de los hijos bien a través del matrimonio o bien a través del servicio de armas.

¹ REYES CANO, P. (2020) *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas* [Tesis doctoral sobre Violencia contra la Mujer], págs. 113- 125.



La continua inferioridad jurídica de la mujer respecto al hombre, así como la limitación de la voluntad, ha producido graves consecuencias, llegando incluso, a perder el derecho de relación con sus propios hijos en caso de separación. Problema solucionado con la posterior llegada de la Ley de 24 de abril de 1958.

Respecto al padre la titularidad de la patria potestad era mantenida a su favor hasta ese momento, perdurando en la actualidad dicha autoridad para el adecuado mantenimiento de la estructura familiar.

Llegado el siglo XIX empiezan los cambios respecto la patria potestad, donde esta es configurada con un fin moral dentro de la Ley del matrimonio civil de 1870, el Código Civil de 1889 da cierta preferencia al varón, persistiendo el carácter absoluto propio de la patria potestad romana y tras la Constitución, el interés del menor juega un papel fundamental siendo el punto de referencia de todas las reformas llevadas a cabo.

Cabría preguntarse: ¿Por qué perdura en el tiempo un concepto que hace referencia al “reino del padre” dentro del Código Civil, si su origen está en el derecho romano?, ¿Protegen nuestras leyes estatales los intereses patriarcales? Si los deberes y responsabilidades pertenecen tanto a la madre como al padre, ¿por qué sigue en uso el término patria potestad para referirse a ellos?

Ya una vez en el sistema actual debemos hacer mención a los artículos 14, 32 y 39 de la CE, los cuales de forma respectiva configuran el principio de igualdad formal y prohibición a la discriminación por razón de sexo, la igualdad entre el hombre y la mujer a la hora de contraer matrimonio y la igualdad entre estos en el plano familiar. Junto con estos principios constitucionales se configuran como pilares básicos del derecho de familia:

- Atribución conjunta de la patria potestad al padre y la madre.
- El respeto a la personalidad del hijo es tenido como principio básico.
- La intervención del Juez se ve acentuada.



2.2 Normativa

La regulación de la patria potestad viene recogida en el Libro Primero, Título VII del Código Civil, con el nombre “De las relaciones paterno-filiales”, de los artículos 154 al 170.

Se da la necesidad de determinar que norma es aplicable y en su caso, que Tribunal ha de conocer el asunto, cuando sean varios los ordenamientos jurídicos internacionales los que presenten puntos de conexión con la relación jurídica.

Dentro del ordenamiento jurídico español, existen tres tipos de fuentes normativas de naturaleza jerárquica: la Norma comunitaria, el Convenio internacional y la norma interna. Primero será de aplicación la Norma comunitaria y en el caso, de que esta no resulte, se aplicará el Convenio internacional y en su defecto, la norma interna.

1. Determinación de los Tribunales de Justicia

Respecto la norma de la UE, en 2019 se produjo la sustitución del Reglamento (CE) 2201/2003 por el Reglamento (UE) 1111/2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores.

El Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996 será la norma internacional aplicable en esta materia, relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Y por último, la norma interna, más específicamente el artículo 22 (quater letra d) LOPJ, que viene a establecer “*Serán competentes los Tribunales españoles bien cuando el demandado tenga su domicilio en España o bien cuando se determine por cualquiera de los cuatro puntos de conexión no jerarquizados que indica el precepto: 1. Cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o 2. El demandante sea español o 3. Resida habitualmente en España o 4. En todo caso, al menos desde 6 meses antes de la presentación de la demanda.*”.



2. Determinación de la Ley o derecho aplicable

En materia de Ley aplicable, dentro de la Unión Europea se da una carencia de normas de conflicto que aludan a las relaciones parentales.

Por tanto, será de aplicación el Convenio de la Haya de 1996, que no solo regula la competencia de los Tribunales, sino también, la ley aplicable y el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Por último, el artículo 9.4 párrafo 2º CC respecto la norma interna de derecho internacional privado, precepto que señala que la ley aplicable será la dada por el Convenio de la Haya de 1996.

2.3 **Elementos, efectos y extinción**

2.3.1 *Elementos personales*

Respecto los hijos, el artículo 154 párrafo 1º del Código Civil, “*Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores*”, establece que la patria potestad de la que hablamos deriva directamente de la filiación, natural o adoptiva, de ahí que se trate de una potestad personalísima, siendo por tanto la condición de hijo la que provoca que la patria potestad recaiga sobre los progenitores, extendiéndose únicamente sobre hijos no emancipados, es decir, sobre todos aquellos que no hayan obtenido la emancipación legal².

La supresión del artículo 171 CC, ha dado lugar a la consiguiente eliminación tanto de la patria potestad prorrogada como de la patria potestad rehabilitada para los casos de que los hijos o hijas fueran incapacitados y esta perdurara una vez cumplieran los dieciocho años.

En cambio, en relación a los padres, el Código Civil distingue entre titularidad y ejercicio de la patria potestad.

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Derecho de familia*, Edisofer, S.L., 2022.



Respecto de la titularidad, es el propio Código Civil el que acoge el principio de la patria potestad conjunta, sin excluir la posibilidad de llevar a cabo el ejercicio de la misma por uno de los progenitores.

Así, el artículo 156 CC recoge todo lo correspondiente al ejercicio de la patria potestad. Del párrafo 1º de este precepto se extrae la regla general del ejercicio conjunto de patria potestad por los titulares de la misma, *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores [...]”*, contemplando a mayores la posibilidad de ejercicio de esta por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, evitando así, las diferentes dificultades planteadas a la hora de exigir la concurrencia de los progenitores en relación a los actos de la patria potestad *“o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”*. El mismo artículo establece unas excepciones aplicables a la regla general, dando validez a los actos realizados por uno de los progenitores *“conforme al uso social y a las circunstancias”*, o *“en situaciones de urgente necesidad”*.

Dentro del ejercicio común de la patria potestad se contemplan dos medidas como solución a los posibles desacuerdos entre progenitores. La primera de ellas, artículo 156 párr. 3º CC, dice que *“En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores”*, sin embargo la segunda, atiende a los desacuerdos producidos de manera reiterada o la concurrencia de una causa singular, *“Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.”* La norma con el fin de evitar la impugnación de los actos llevados a cabo con uno de progenitores, ofrece protección a los terceros de buena fe, *“En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.”*



Dentro del mismo artículo se hace mención al ejercicio individual de la patria potestad, “*En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro*”, provocando la suspensión del ejercicio de la misma, que una vez cesada la situación que la motivó será recuperada por el progenitor.

Otro supuesto recogido por el Código Civil hace referencia a los problemas que puede llegar a plantear el ejercicio de la patria potestad cuando los progenitores no viven juntos. Primeramente, se atribuye tal ejercicio al progenitor que conviva con el hijo, siempre y cuando, no medie oposición por la otra parte o concurra un acuerdo expreso o tácito. Sin embargo, este precepto no excluye al otro de los progenitores, contando este, con la posibilidad de ejercer la patria potestad de manera conjunta o bien, de manera distribuida. Así, entendemos tal y como dispone el artículo 156, *in fine* CC, que la mera convivencia del hijo con uno de ellos atribuye el ejercicio de la patria potestad, eso sí, en los casos en los que los progenitores no convivan: “*Si los padres viven separados la patria, potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.*”

El Código Civil ofrece una solución ante la imposibilidad de aplicación del artículo 156, *in fine* CC, ante el caso de que no medie la convivencia exclusiva con uno de los progenitores, debiéndose determinar cuál de ellos se hará cargo del cuidado del hijo, es decir, quien ejercerá la patria potestad, de acuerdo con lo recogido en el artículo 159 CC.



2.3.2 Efectos

Efectos personales

El contenido de la patria potestad viene determinado en los artículos 154 y 155 del Código Civil.

Así, el Código Civil en su artículo 154, conforme los deberes y facultades personales de los padres, señala que *“La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.*

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

Enmarcando de tal forma el ejercicio de los deberes y facultades que integran la patria potestad dentro de unas pautas, debiendo ser ejercidos estos siempre en interés del hijo, que en caso de que este cuente con la suficiente madurez, será quien tome las decisiones que le afecten y por último, serán facultados los progenitores para *“recabar el auxilio de la autoridad”*.

Sin embargo, los deberes de los hijos son recogidos por el artículo 155 CC, estableciendo que *“Los hijos deben:*

1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.



2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.”

Efectos representativos

La representación legal de los hijos no emancipados corresponderá a quien ostente la titularidad de la patria potestad: *“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”*, tal y como dispone el apartado inicial del artículo 162 del Código Civil.

Existiendo así, excepciones a la representación, artículo 162 CC.

- *“Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.”* Atendiendo a las condiciones de madurez, resultará excluida la representación legal cuando el hijo pueda por sí mismo realizar actos autorizados por ley, un ejemplo claro, es el del otorgamiento de testamento a partir de los catorce años, salvo el testamento ológrafo, como también quedarán excluidos, aquellos actos que puedan ser realizados con el complemento de la asistencia de su representante legal, así como, optar a la nacionalidad española siendo mayor de catorce años.

- *“Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.”*, situaciones que ponen en peligro el beneficio del menor, donde la representación pasará a ser asumida por un defensor judicial, caso distinto, cuando el conflicto sea entre uno de los progenitores y el hijo sujeto a la patria potestad, donde en este caso, la representación legal será otorgada al otro progenitor.

- *“Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.”*

Efectos patrimoniales

Respecto la potestad de administración, la regla general, según el artículo 164 del Código Civil, señala que los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad serán administrados por los padres: *“Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las*



obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria”.

La deficiente administración de tales bienes por parte de los progenitores, permite la adopción por parte del Juez de “*medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador”.*

Así, los hijos contarán con la facultad de “*exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces*”, siempre y cuando se haga antes de los tres años desde el término de la patria potestad.

La administración de los bienes será remitida a un tercero o mismamente, al hijo, en los casos en los que la administración paterna quede excluida por el Código Civil:

“- Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

- Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.

- Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.”

Las facultades de disposición se ven limitadas, siendo necesaria la autorización judicial previa, con audiencia del Ministerio Fiscal, que según el artículo 166 CC: “*Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.*



Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.”

Exceptuando, que dicha autorización judicial no será requerida “*si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público*”.

2.3.3 Extinción

A las causas de extinción se refiere el artículo 169 del Código Civil, estableciendo lo siguiente “*La patria potestad se acaba: 1º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2º Por la emancipación. 3º Por la adopción del hijo.*”

2.4 Privación de la patria potestad

Es aparente la diferencia existente entre la extinción de la patria potestad y la privación de la misma, pues, esta última dado su carácter sancionador, provoca la pérdida de derechos persistentes en ella, constituyendo además, una causa de inhabilidad para el ejercicio de determinadas funciones³, siendo entendida como una medida de carácter tuitivo⁴.

Así, el artículo 170 del Código Civil hace mención a la privación de la patria potestad estableciendo que “*El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*”.

³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación y la privación de la patria potestad* (Comentario a la STC 174/2002, de 9 de octubre), *AC*, 2003, núm. 24, págs. 640-641 y 643-646.

⁴ GUILARTE MARTÍN- CALERO, C.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, 2009.



En relación a las causas que pueden determinar la privación de la patria potestad, el Código Civil en su artículo 170 no especifica expresamente que deberes deben de ser incumplidos, *“debiendo tratarse en todo caso de incumplimientos graves y reiterados, ya de índole personal como patrimonial, realizados de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo. Por tanto, la privación debe ser beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad”*.

Algunas de las causas más frecuentes son:

- Incumplimiento relacionado con la convivencia y la estancia con el hijo menor;
- Incumplimiento en el pago de la pensión alimenticia;
- Progenitor toxicómano;
- Violencia de género.

Tal y como dispone el artículo 170 CC en su párrafo 2º, es posible la rehabilitación del progenitor que hubiera sido privado de la patria potestad, *“Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”*.

2.5 Defensor judicial en relación a la patria potestad

La falta de representación y amparo hacia un menor no es permitida en el Código Civil, por ello establece que en el caso de que nadie ejerza, por la causa que fuere, la patria potestad o tutela, o bien por la oposición de intereses, se llevará a cabo el nombramiento de un defensor judicial que represente y ampare los intereses.

Así, a la persona que asuma temporalmente la representación del menor de edad en virtud de resolución judicial, mediando determinadas circunstancias, se le denominará defensor judicial.



La figura del defensor judicial viene recogida en alguno de los preceptos del Código Civil, así como, en su artículo 162.2º, entre las excepciones mencionadas se refiere *“a la representación legal de los padres sobre los hijos menores no emancipados, los actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo”*, como también en su artículo 163, el cual dispone *“Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.*

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad”.

Sin embargo, el nombramiento del defensor judicial del menor, es contemplado en el artículo 235 CC, *“1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo. 2.º Cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona. 3.º Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses.”.* De acuerdo al primero de los párrafos de este artículo, la función del representante legal en una situación de conflicto de intereses, se verá suspendida y desplazada por la consiguiente intervención del representante judicial, dando lugar a una representación legal extraordinaria, ocasional y limitada.

En todo caso, según lo dispuesto en el artículo 236 CC *“Serán aplicables al defensor judicial del menor las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad. El defensor judicial del menor ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos”.*



2.6 Guarda y Custodia

La guarda y custodia, también conocida como custodia legal, es una figura jurídica independiente a la patria potestad⁵.

Se trata de la convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores de edad, pudiendo ser ejercida bien de forma compartida por ambos cónyuges o bien, por uno de ellos. Debiendo ser acordada su organización en situaciones de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los progenitores, con el fin de facilitar la guarda y custodia de los menores.

Tipos de guarda y custodia

- a) Régimen de custodia monoparental o exclusiva: el cuidado del menor será atribuido exclusivamente a uno de los cónyuges, manteniendo eso sí, ambos la patria potestad.

Al progenitor que no posea con la guarda y custodia le será atribuido un régimen de visitas, con la consiguiente obligación de pagar una pensión alimenticia⁶.

Generalmente, este tipo de custodia es atribuida en favor de la madre.

- b) Custodia compartida: ambos cónyuges serán los que se hagan cargo del cuidado y convivencia del menor según los periodos alternos establecidos.

Este régimen de custodia compartida se ha visto ligeramente aumentado en los últimos años, siendo la opción favorita por los profesionales.

⁵ Conceptosjuridicos.com. (2022a, marzo 3). *Guarda y Custodia | Custodia Legal: Guía Actualizada 2022*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

⁶ R. (2021, 12 octubre). *Guarda y Custodia o Custodia Legal de los hijos: definición y tipos*. El Blog Legal. <https://elbloglegal.com/guarda-y-custodia/>



Sobre la cuestión de quien decide sobre su atribución, esta decisión será tomada o bien de mutuo acuerdo por parte de los progenitores o bien por el juez a petición de uno de ellos, donde este entrará a valorar diferentes criterios.

Si bien he mencionado anteriormente, hace años prevalecía la custodia monoparental adjudicando esta, de manera directa a la madre, sin embargo, actualmente, esto ha sufrido ciertos cambios, donde principalmente se tiene en cuenta el interés del menor, considerando por tanto que la mejor opción es la custodia compartida.

2.6.1 Diferencias entre patria potestad y guarda y custodia

Conocidos ambos conceptos, la posesión de la patria potestad siempre será ostentada tanto por el padre como por la madre por el mero hecho de serlo, salvo que un juez les prive de ella.

Esta será ejercida conjuntamente por ambos progenitores en casos de crisis matrimonial o de pareja, en cambio la guarda y custodia podrá ser atribuida a uno u otro, incluso, a ambos de manera conjunta.

Ante una separación entre padres no casados con hijos menores de por medio, el procedimiento especial llevado a cabo, será el de guarda y custodia, similar al de divorcio, pudiendo ser tramitado de mutuo acuerdo o de forma contenciosa.

Existiendo, por tanto, la principal diferencia en que los progenitores son los únicos que pueden poseer la patria potestad, caso contrario, el de la guarda y custodia, ya que el ejercicio de esta puede ser llevado a cabo por un tercero cuando el juez lo considere, ante la falta de idoneidad o situación de riesgo para el menor, siendo recogida esta excepción en el artículo 103.1 CC, *“Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que*



*podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez*⁷. Ante la última situación relatada en el artículo, el termino correcto a utilizar ya no sería el de guarda y custodia, sino únicamente el de guarda.

3 VIOLENCIA DE GÉNERO

3.3 Concepto y tipología

La violencia de género es entendida como todo acto violento o agresión que cause o sea susceptible de causar daño físico, sexual o psíquico, dentro de una situación de desigualdad marcado por una relación de dominación del hombre sobre la mujer, incluyendo amenazas, coacción o la consiguiente privación de libertad⁷.

A través del término violencia de género se da voz a un problema, que, hasta hace poco, era el día a día de la vida personal de muchas personas, donde se hacía la vista gorda y no debía “salir de puertas para fuera”.

Esta violencia es sufrida por las mujeres por el mero hecho de serlo, perteneciendo las víctimas a cualquier estrato social, nivel educativo, cultural o económico, constituyendo un atentado contra la integridad, dignidad y libertad de las mujeres⁸.

La relación de afectividad (parejas o ex parejas) supone el punto de conexión entre la figura del agresor y la víctima; siendo su principal objetivo, la producción de

⁷ Según la LO 1/2004 de 28 de Diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se trata de “una violencia que se dirige contra las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

⁸ *Violencia de género.* (2016). www.inmujeres.gob.es.
https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf



daño, con el consiguiente deseo de controlar a la mujer de manera sistemática y continuada.

La violencia de género no debe de ser confundida con la violencia doméstica, pues se entiende por esta última, los actos de violencia física, sexual, psicológica y económica en la familia, el hogar o entre cónyuges, donde la víctima puede ser tanto el hombre como la mujer.

Tipos de violencia de género

- a) Violencia física: acto voluntario de fuerza física o material que involucra de forma no accidental al cuerpo ocasionando una lesión o daño. Se produce en el momento que es transgredido el espacio corporal de una persona por otra sin su consentimiento.

La demostración de este tipo de violencia resulta ser la más evidente y fácil de detectar, teniendo generalmente como empieza un simple golpe, sin necesidad de atención médica⁹.

- b) Violencia psicológica: en este caso, no se llega al contacto físico entre personas. Se trata de conductas verbales dirigidas a la producción de un daño o sufrimiento emocional, pudiendo llegar a ser un anuncio de violencia física.

A diferencia del maltrato físico, la detección del psíquico cuenta con cierta dificultad dada la sutileza de sus manifestaciones.

- c) Violencia sexual y abusos sexuales: cualquier relación, maltrato o tentativa sexual, en la cual no media consentimiento, realizadas bien con el propio cuerpo o bien con objetos, incluyendo las humillaciones o vejaciones sexuales. En la agresión sexual media violencia o intimidación para su comisión, mientras que en el abuso sexual no hay violencia, intimidación ni consentimiento por parte de la víctima.

- d) Acoso sexual: conductas, actos, comportamientos intimidantes de carácter sexual con el fin de atentar contra la dignidad de una persona.

⁹ ¿Qué es la violencia de género? | Mujeres en Galicia. (s. f). www.igualdade.xunta.gal.es.



- e) El tráfico de mujeres y niñas con fines de explotación sexual: es la manifestación más común de la trata a nivel mundial. Las principales víctimas de las que hablamos son mujeres, niños y niñas, todos ellos en situaciones de vulnerabilidad. La mayoría, engañados con la promesa de un buen empleo para así lograr su captación con el fin de explotarlas sexualmente, incluida como explotación sexual la realización de pornografía.
- Constituye un delito grave, atentando así, contra derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física y moral, etc.
- El delito de trata de personas no excluye la comisión de otros delitos, como las agresiones o abusos sexuales, los cuales son castigados de forma separada.
- f) Violencia económica: la incompetencia de la mujer a la hora de administrar el dinero es el motivo principal de esta privación intencionada y no justificada, tomada por el agresor.
- g) Violencia vicaria: violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados.

3.4 Normativa

3.4.1 *Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*

Son muchos los aspectos regulados en la presente ley en referencia a las víctimas de violencia de género.

El principal objeto de esta, se encuentra regulado en su artículo 1: “*La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder 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.*”

Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.”, consagrando así, una serie de derechos exclusivos, o más bien, universales,



donde todas aquellas mujeres que hayan sufrido o estén sufriendo cualquier acto de violencia de género, cuenten con la garantía de acceso a los mismos. Serán los Juzgados de Violencia sobre la Mujer los que conozcan de aquellos casos relativos a la violencia de género, teniendo acceso a materia relativa a la filiación, maternidad y paternidad, nulidad matrimonial, separación y divorcio y medidas que versen exclusivamente sobre guarda y custodia, siendo así la única entidad competente en decidir de materias civiles y penales, evitando posibles contradicciones, conforme a lo dispuesto en su artículo 44¹⁰.

En materia de patria potestad, el ejercicio de esta se ve interrumpido en caso de violencia de género, regulando así, una serie de garantías de protección de carácter potestativo, recogidas en sus artículo 65 y 66. El artículo 65 hace mención a las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores: *“El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.*

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.”, mientras que, el artículo 66 se centra en las medidas de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores: *“El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.*

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores

¹⁰ *Guía de derechos para las mujeres víctimas de violencia de género.* (2021). <https://violenciagenero.igualdad.gob.es>.
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/derechos/docs/guidaderechos.pdf>



y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.”. Relatando así, un conjunto de medidas civiles relacionadas con los menores, siendo necesaria su adopción con el fin de garantizar la seguridad, integridad y recuperación tanto de los menores como de la mujer.

3.4.2 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer AG ONU, 1993

El reconocimiento de la desigualdad histórica reflejada en la relación de poder entre hombre y mujer, ha dado lugar a su consiguiente dominación, forzando a esta a una subordinación con respecto del hombre, constituyendo así, una violación de derechos y libertades fundamentales.

Esta continua violencia obstaculiza en cierta medida no solo los logros alcanzados respecto la igualdad, desarrollo y paz, sino también la imposible aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La presente ley ofrece ante la urgente necesidad de aplicación, no solo una definición completa sino también una amplia consagración de derechos acompañada de un compromiso de eliminación de la violencia contra la mujer no solo a nivel estatal sino también por parte de la comunidad internacional.

3.4.3 Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y Ley Orgánica 3/2017

El origen de la presente ley podemos encontrarlo en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, siendo esta pionera respecto los derechos de igualdad entre hombres y mujeres dentro del desarrollo legislativo en España, convirtiendo el principio de la igualdad en un principio general de derecho.

Para las personas trabajadoras, la igualdad de género respecto al trato y oportunidades constituye un derecho básico, suponiendo este, una ausencia de discriminación.



Esta ley presenta una serie de garantías específicas a favor de las mujeres, donde será obligatoria su adopción ante una situación de desigualdad aparente respecto de los hombres. Dado al carácter excepcional de la ley, solo será justificada su aplicación ante razones de extraordinaria y urgente necesidad.

La entrada en vigor de este Real Decreto- Ley lleva consigo numerosas novedades, las más importantes a destacar son la modificación de la Ley 3/2007, la del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y la de la Ley General de la Seguridad Social.

3.4.4 Derechos de la infancia y la adolescencia y su protección conforme a la Ley Orgánica 8/2021

La realidad sobre la constante lucha contra la violencia infantil ante la que nos encontramos, ya es considerada un imperativo de derechos humanos.

La erradicación integral de la violencia sobre la infancia y la adolescencia podría decirse que es la principal intención por la que es publicada la presente ley, incidiendo en cierta medida en la prevención, la socialización y la educación, estableciendo medidas de detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados de la víctima.

En defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes son introducidos importantes avances, incorporando así, numerosas modificaciones legislativas, en el Código civil, Código penal o Leyes procesales entre otras.



3.4.5 Ley 27/2003

La Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, tal y como se regula en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pese a que este solo se refiera a la violencia doméstica, es un instrumento legal destinado a proteger a las víctimas de violencia doméstica y/o violencia contra la mujer de cualquier tipo de agresión¹¹.

Para tal efecto, la orden de protección se enfoca en una única e inmediata decisión judicial (auto) que implementa medidas de seguridad y protección de carácter penal y civil y activa a su vez los mecanismos de asistencia y protección social, consagrando así, el “estatuto de protección integral” de las víctimas de violencia doméstica.

El artículo mencionado se ve ampliado por el artículo 62 de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, extendiendo tal protección a las víctimas de violencia de género.

3.4.6 Código Penal

Nuestro sistema legislativo protege una serie de bienes jurídicos, el orden penal impone una responsabilidad criminal a quienes cometan un hecho delictivo tipificado en el Código Penal.

El Código penal se divide en dos libros, el primero de ellos habla de las penas que se van a imponer por la comisión de esos hechos delictivos, entre otras cosas. Es así que debemos de mencionar el artículo 46 CP, el cual establece la pena de inhabilitación de la patria potestad: *“La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona condenada de los derechos inherentes a la primera, y supone la*

¹¹ Orden de protección - Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. (s. f).
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/>.
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/asistenciaSocial/recursos/orden/home.htm>



extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada.

Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada y la rehabilitada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las comunidades autónomas.”. Uno de los delitos castigados con la pena de inhabilitación de la patria potestad es el artículo 140.bis.2 CC, referido al delito de homicidio o asesinato.

La violencia de género también tiene cabida dentro del Código Penal, así, son castigados algunos de los delitos como el delito de maltrato físico o psíquico a la mujer (artículo 153 CP); el delito de maltrato habitual al hombre o a la mujer (artículo 173.2 CP) o los delitos de amenazas y coacciones (artículos 171 y 172 CP), siendo agravada la pena a imponer en caso de que se cometan en presencia de menores entre otras causas. Entre otros delitos, como el delito de acoso (artículo 172.ter CP) o el delito de divulgación no consentida de imágenes o grabaciones de carácter íntimo (artículo 197.7 CP).

En caso de incumplimiento de la pena de inhabilitación de la patria potestad, se deducirá testimonio por un delito de quebrantamiento de condena, tipificado el mismo en el artículo 468 CP.

También debemos hacer referencia a los artículos 80 y ss CP que regulan la suspensión de la pena. Se entiende por esta, que una vez cumplidos una serie de requisitos la ejecución de la pena de prisión que haya sido impuesta



al sujeto activo quedara en suspenso supeditada al cumplimiento de una serie de deberes y prohibiciones, de los cuales debemos mencionar la participación en programas de parentalidad positiva, sin perjuicio de otros que de forma específica se establecen para los casos de violencia de género.

4 LA PATRIA POTESTAD A EXAMEN ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

4.2 Régimen general

Ante una crisis matrimonial, en muchas ocasiones los principales afectados son los hijos, por ello, el Código Civil dedica gran parte de su redacción a la regulación de las consecuencias derivadas de la nulidad, la separación y el divorcio.

Así, las medidas recogidas en el artículo 92 del Código Civil, señalan expresamente que la adopción de las mismas ha de realizarse en beneficio del menor, eso sí, dejando claro, que beneficio no equivale a su voluntad o deseo¹².

El principio básico que se ha venido estableciendo dentro de la organización de las relaciones paternofiliales tras un proceso de separación, nulidad o divorcio, señala que las obligaciones de los padres para con sus hijos no quedan eximidas, ya que estas no ven afectadas por la sentencia que se trate, pues estas derivan de la propia filiación, no de la relación matrimonial.

Si bien, los apartados 2 y 3 del mencionado artículo 92, recogen no solo la obligación del juez de velar por el derecho de los menores a ser oídos sino también, el posible acuerdo de privación de la patria potestad, ofreciendo diversas posibilidades:

1. Si el proceso revela causa para ello, la privación de la patria potestad a uno de los progenitores, incluso, a ambos.

¹² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Derecho de familia*, Edisofer, S.L., 2022, págs. 199- 205.



2. Ejercicio total o parcial de la patria potestad por uno de los cónyuges, acordado bien por los padres o bien por el juez en beneficio de los hijos (artículo 92. 4 Cc)
3. Ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores, siendo necesario acordar lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, solicitado en la propuesta de convenio por los padres o también en el transcurso del procedimiento cuando estos lleguen a un acuerdo (artículo 92.5 Cc), o con carácter excepcional, cuando los supuestos del apartado recientemente mencionado no puedan darse, y sea solicitado por una de las partes y acordado por el Juez previo informe del Ministerio Fiscal¹³ (artículo 92. 8 Cc). La custodia compartida en ninguno de los casos podrá ser acordada de oficio, ejemplo de ello, STC 185/2012.

Con el fin de acordar cuál de los regímenes resulta más idóneo, el Juez contará con el deber de recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que cuenten con el suficiente juicio, en todo caso si son mayores de doce años, llevar a cabo una valoración de las alegaciones proporcionadas por las partes y la prueba practicada y en especial, la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos (artículo 92.6 Cc). Así como, podrá recabar también, dictamen de especialistas debidamente cualificados (artículo 92.9 Cc).

La STS 30 de noviembre de 2020, nos muestra un caso de anulación de la sentencia recurrida, ante la falta de audiencia del menor, solicitada por las partes y rechazada sin motivarla adecuadamente.

El derecho de familia viene contemplando un régimen excepcional de guarda y custodia denominado custodia compartida o alterna, donde la guarda de los hijos menores o personas con discapacidad será atribuida a ambos progenitores en igualdad de derechos

¹³ GUILARTE MARTÍN- CALERO, C: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 21-50.



y deberes, así como en iguales periodos de tiempo, tras un proceso de nulidad, separación o divorcio¹⁴.

El Tribunal Supremo si ha llegado a pronunciarse sobre el carácter excepcional del que hablamos, más específicamente en su Sentencia de 29 de abril de 2013, donde señala que *“la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino, 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 cuanto lo sea”*, incluso, llegando a remarcar el carácter prioritario con el que cuenta la custodia compartida respecto de la individual, en la STS 25 abril 2014.

La introducción formal a nuestro ordenamiento jurídico se llevó a cabo a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio. Sucediendo de reformas, es el apartado 7 del artículo 92 el que excluye la fijación de una custodia compartida ante situaciones de conflictividad extrema o malos tratos: *“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.”*

Es apreciada, en relación con el artículo 92.7 Cc, una consolidada línea jurisprudencial, donde sentencias como la de 7 de abril de 2011, 4 de febrero de 2016 o 26 de mayo de 2016, dejan sin efecto alguno al régimen de custodia compartida ante casos de violencia de género que revelan una difícil y toxica convivencia entre progenitores.

Debemos señalar el caso jurisprudencial 1, que posteriormente será relatado, sentencia comentada por el Tribunal Supremo, en la cual destaca que, este en vez de limitarse a exponer la existencia de una relación conflictiva entre progenitores que dificulta la conservación del régimen de custodia compartida, centra su atención en la falta de vigencia de la prohibición contenida en el artículo 92.7 Cc. Comparto la opinión de Guilarte, de que se debería de haber llevado a cabo una verificación adecuada de la calidad del vínculo existente entre los progenitores.

¹⁴ Conceptosjuridicos.com. (2022, 8 junio). *Custodia Compartida: todo lo que necesitas saber – Guía 2022*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/custodia-compartida/>



El punto de vista adoptado por el artículo 92 es criticado por García Rubio, pues argumenta que aunque uno de los progenitores sea la parte acusada en un proceso por violencia de género, sigue teniendo capacidad para desempeñar la guardia y custodia de su hijo no emancipado, aunque si bien, en caso de mediar violencia, incluso sobre su propio hijo debería ser inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad¹⁵.

Para el establecimiento de la custodia compartida se tienen que tener en cuenta dos premisas o intereses. En primer lugar, la igualdad de los padres, el padre o la madre tienen los mismos derechos y obligaciones para con los hijos, sin que puedan ser discriminados por razón de sexo, por tanto cabe decir que los dos tienen la misma corresponsabilidad con sus hijos. Y por otra parte, se ha de atender al interés superior del menor, este queda reflejado en numerosas disposiciones del código civil, pero la que merece especial alusión es la disposición del artículo 154, pues indica que los padres ejercen la patria potestad sobre los hijos e hijas no emancipados atendiendo a la personalidad del menor, con respeto por sus derechos e integridad física y moral, además que con una especial atención por el interés superior de este.

El establecimiento de este régimen de custodia se ve obstaculizado ante la presencia de malos tratos, pues únicamente el interés del menor se verá priorizado en una relación de mutuo respeto, o en palabras del TS *“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”*.

He de hacer referencia a una de las sentencias más recientes.

CASO JURISPRUDENCIAL 1: STS 1207/2022

Nº de Recurso: 1941/2021 Nº de Resolución: 228/2022

Esta versa sobre las medidas adoptadas en un proceso de divorcio contencioso cuyo origen se encuentra en un Juzgado de violencia sobre la Mujer, tras la

¹⁵ GARCÍA RUBIO, M. P.: “El marco civil de la violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director M. De Hoyos Sancho, LexNova 2009.



denuncia interpuesta por la esposa contra su esposo y la consiguiente incoación de diligencias previas por violencia de género, que culminan en la condena del marido por un delito leve de vejación injusta a la pena de 10 días de localización permanente. Esta circunstancia y su incidencia sobre el régimen de custodia fijado por la Audiencia provincial, la custodia compartida, es la que, a mi juicio, resulta interesante, pues supone una moderación de la posición mantenida en la materia por parte del Tribunal Supremo que, hasta la fecha, analizaba la incidencia de la condena en la relación parental y ahora se limita a señalar, novedosamente, que transcurrido el plazo para la cancelación de los antecedentes penales no resulta de aplicación el art.92.7 Cc. El resto de los pronunciamientos (vivienda familiar y pensión compensatoria) que, estos sí, determinan la estimación del recurso de casación, constituyen la reiteración de su línea jurisprudencial en materia de atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida y en materia de pensión compensatoria (condiciones para su reconocimiento y temporalidad); por lo que se refiere a la pensión por alimentos, no presenta interés su análisis pues su escasa reducción respecto de lo fijado inicialmente obedece al cambio de sistema de custodia, ahora compartida entre los progenitores, de suerte que, según el Tribunal Supremo, no conlleva perjuicio alguno para la recurrente ni para los menores (270 euros por hijo en régimen de custodia exclusiva y 200 en régimen de custodia compartida)¹⁶.

Así, también expondré dos casos totalmente contrarios:

CASO JURISPRUDENCIAL 2: STS 43/2018

Nº de Recurso: 1447/2017 Nº de Resolución: 22/2018

El establecimiento de la custodia compartida fue apreciado por el juez como la mejor de las opciones en protección del interés del menor.

Nos encontramos ante un proceso de divorcio incoado posteriormente a la imposición de una orden de alejamiento por parte de la progenitora. Tras los acontecimientos sucedidos, la relación que guardaban entre progenitores era

¹⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: Comentario a la STS de 28 de marzo de 2022.



conflictiva, quedando la custodia del menor en manos de la madre así como un régimen de visitas impuesto al padre.

Las tornas cambiaron en el momento en el que a pesar de la mala relación entre progenitores, la constitución del régimen de custodia compartida era lo más conveniente, fundando tal decisión en el favor filii.

Ante la falta de acuerdo, se solicita de nuevo por parte de la madre la custodia del menor, el uso de la vivienda familiar y una pensión alimenticia del padre.

Tal pretensión resultó ser desestimada, teniendo como consecuencia la imposición de un nuevo recurso ante la AP en nombre de la progenitora, con la consiguiente desestimación parcial de tales peticiones. Tras no parecerle suficiente el otorgamiento de la vivienda familiar durante seis meses en alternancia con el padre, manteniendo la custodia compartida, interpone un recurso de casación ante el TS, este lo desestima, conservando por tanto, el régimen de custodia impuesto, priorizando el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores, negando así, que la búsqueda de enfrentamiento personal entre las partes sea considerada causa de denegación del régimen constituido.

CASO JURISPRUDENCIAL 3: STS 2304/2016

Nº de Recurso: 2410/2015 Nº de Resolución: 30/2016

Entre progenitores da comienzo un proceso contencioso de divorcio, donde primeramente se renuncia en nombre de la demandante a la ocupación de la vivienda familiar, con la consiguiente petición de la custodia del menor que ambos tenían en común, así como una pensión alimenticia en favor de este y una compensatoria para ella, y a favor del padre, la fijación de un régimen de visitas.

Este último, tras oponerse a la demanda, solicita no solo la custodia sino también el establecimiento de un régimen de visitas para la otra parte.

Se estableció el régimen de custodia compartida para ambos progenitores, pero los malos tratos alegados por la madre fueron el detonante para la petición de terminar con este tipo de régimen impuesto, ella misma ratificó: *“Rondaba las inmediaciones del domicilio de la mujer, o lugares que sabía que frecuentaba, realizando gestos provocativos, profiriendo insultos contra Dña. Ana o personas de su entorno. Los intercambios del menor,*



cunado intervenía la madre o familiares de ella, los convertía en situaciones conflictivas”. En cambio, en segunda instancia se reafirma la decisión tomada anteriormente.

En la actualidad, la custodia la tiene la progenitora, tras la eliminación definitiva del sistema compartido, principalmente, basándolo en la mala relación entre ambas partes y el perjuicio que recaía sobre el interés del menor con las continuas faltas de respeto.

Los derechos civiles autonómicos también tienen cabida dentro de la regulación de las relaciones familiares, así, son tres las leyes que señalan como preferente el régimen de custodia compartida: la aragonesa, la vasca y la valenciana, aunque esta última, ha sido declarada como inconstitucional (STC 192/2016).

No será de aplicación automática este régimen de guarda y custodia compartida por la mera existencia de preferencia, que en beneficio del interés del menor, es caracterizada como presunción *iuris tantum*, cesando ante prueba en contrario¹⁷.

Más concretamente, en el ámbito autonómico, el mínimo indicio de violencia de género, da lugar a la exclusión automática e inmediata de la guarda y custodia al progenitor, todo ello, en beneficio del interés del menor. Así, el derecho aragonés, en su artículo 80 CFA: “*No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*”, pendiente de una cuestión de inconstitucionalidad nº 5636/2021; el derecho catalán, en su artículo 233.11 nº3 Cccat: “*En interés de los hijos e hijas, no se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista. Tampoco se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la*

¹⁷ MARTÍNEZ CALVO, J.(2018) *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español* [Tesis doctoral], págs 185-192.



libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal.” y en el artículo 236.5 nº3 Cccat: “El progenitor y las otras personas a que hace referencia el artículo 236-4.2, cuando haya indicios fundamentados de que han cometido actos de violencia familiar o machista, no tienen derecho a relacionarse personalmente con los hijos o hijas. Tampoco pueden establecer relaciones personales con los hijos e hijas mientras se encuentren incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o de sus hijos o hijas, o en situación de prisión por estos delitos mientras no se extinga la responsabilidad penal.”; el valenciano, en su artículo 5. Apdo. 6º de la Ley 5/2011, que como bien he mencionado, ha sido declarado inconstitucional por el TC; y el derecho navarro, en la Ley 71 de Compilación del Derecho civil foral de Navarra: “No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) 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 progenitor o de los hijos o hijas, b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.”.

Excepción, la del derecho civil vasco, donde el juez, con carácter general, estará obligado a la adopción de la custodia exclusiva, recogido en la Ley 7/2015, de 30 de junio. Con el fin de evitar los posibles efectos negativos de una posterior absolución, se vincula a la condena penal, pues es de gran relevancia, el factor tiempo.

Dentro de este régimen general, en el artículo 94 Cc, se recoge el conocido régimen o derecho de visitas, teniendo lugar únicamente ante el cese de convivencia entre progenitores y cuando a uno de ellos se le otorgue la custodia de los hijos comunes.

Como bien relata su apartado primero, será la autoridad judicial la que decidirá cómo se llevará a cabo tal derecho, así como la comunicación con ellos, determinando el tiempo y el lugar, extendiendo tal precepto de forma automática a los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión.

Los progenitores no son los únicos a los que les incumbe este derecho, sino que también se ven englobados en él, de manera menos intensa, los hermanos, abuelos,



parientes y allegados. Si es cierto que, el derecho de visitas de los padres cuenta con una trascendencia más especial cuando se trata de crisis matrimoniales.

Este, no solo se encuentra regulado en el artículo mencionado sino también, en los artículos 160 y 161 Cc, entablando entre ellos una relación un tanto singular, que a su vez, de manera directa conecta con el régimen de guarda y custodia¹⁸.

La privación de la patria potestad no lleva atribuida como consecuencia la privación del derecho de visitas dada la independencia existente entre ellas.

El establecimiento de este derecho conlleva la necesidad de que las condiciones en las que se encuentre el menor, aparte de ser óptimas, no sean peligrosas; por tanto será el Juez el que valorará el transcurso del régimen de visitas cuando uno de los progenitores esté incurso o condenado por un delito de violencia de género y el menor se halle bajo un mínimo peligro con el progenitor no custodio. La orden de protección recoge en su contenido una serie de recursos a los que acudir ante la existencia de peligro, así como el auxilio de terceros y los Puntos de Encuentro Familiar (PEF).

Esta consideración puede llegar a tener como consecuencia la suspensión del derecho de visitas, pero anteriormente se han de valorar no solo diferentes elementos sino también cuál es el grado de peligro en el que se encuentra el menor. El carácter revisable de las decisiones tomadas, permite su posterior modificación adaptándolas a circunstancias recientemente sucedidas, siempre prevaleciendo el interés del menor (STS 29 de junio 2012). Uno de los casos en los que se produce la suspensión directa es con el ingreso de uno de los progenitores en un centro penitenciario ya que este no guarda la consideración como lugar adecuado para la estancia de un menor.

No sólo el artículo 94 recoge la suspensión del régimen de visitas sino de manera paralela el artículo 776.3 Lec. nos dice que *“el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardados como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia”*.

Si bien este precepto como he indicado anteriormente se extiende a los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen de apoyo para tomar la

¹⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director M. De Hoyos Sancho, LexNova 2009.



decisión, este se ha visto modificado por la reciente actualización de la Ley 8/2021 de 2 de junio, otorgando al segundo de ellos la capacidad de elección de cómo ha de ejecutarse el derecho de visitas.

Ahora bien, ya metiéndonos en terreno pantanoso o más bien contradictorio, en situaciones de violencia de género, el régimen de visitas provoca el enfrentamiento entre sectores con puntos de vistas distintos. Por un lado, se hace referencia al menor con víctima indirecta de la violencia, considerando así, que lo más oportuno sería la suspensión del régimen de visitas fundado en el abandono del domicilio familiar por parte del maltratador. Sin embargo, el otro sector apela por la preservación del interés del menor, garantizando el mantenimiento del derecho de visitas, a pesar de estar ante una situación de violencia de género, que únicamente terminará en suspensión si existe riesgo para el menor.

La adopción tanto de las medidas excepcionales recogidas en el artículo 158 Cc como de las recogidas dentro de los derechos civiles autonómicos será competencia exclusiva de los jueces.

No paramos de repetir que “ante todo prevalece el interés del menor”. Pues bien, esto sigue siendo así en estos casos, ya que la orden de protección o alejamiento impuesta será extendida cuando el menor sea considerado víctima directa de violencia de género, de no ser así, el régimen de visitas permanecerá intacto así como la medida adoptada con la madre.

La duración con la que cuentan estas medidas de protección es de treinta días. Bien puede pasar que las medidas se prolonguen en el tiempo dado la continuidad del proceso de violencia de género o estas terminen por caducar.

La producción de comportamientos que puedan poner en riesgo al menor son el desencadenante de la suspensión del régimen de visitas, que anteriormente fue acordado y que más tarde es revisado.

La suspensión de la que hablamos se plantea simplemente cuando el progenitor se encuentra incurso en un proceso de violencia de género, es aquí, donde el artículo 48.2 del Código Penal señala que en el momento en el que tal sentencia adquiera firmeza, de forma automática se produce la suspensión de tal régimen.

La mera existencia de alguna de estas consideraciones ha de desencadenar la suspensión del régimen de visitas:



- Orden de alejamiento hacia el menor.
- Dada la prevalencia del interés del menor, el mínimo acto que suponga un peligro para este.
- Utilización del menor con el fin de continuar con el maltrato hacia la madre.
- Sentencia que declare la comisión de delitos sobre el menor¹⁹.

CASO JURISPRUDENCIAL 4: STS 4900/2015

Nº de Resolución 680/2015 Nº de Recurso 36/2015

El conflicto presentado versa sobre un caso de violencia de género, donde a la madre le es atribuida la custodia de la menor seguida de la suspensión del régimen de visitas al progenitor.

Se trata de un tedioso proceso que dio comienzo cuando el progenitor plantea la adopción de medidas paterno-filiales, con el fin de poder ver a la menor una vez a la semana en un punto de encuentro (PEF) durante al menos tres meses, para conseguir posteriormente la ampliación a dos días de la semana y la alternancia de fin de semana fuera del punto de encuentro acordado.

La oposición de la madre frente a la solicitud fue clara, fundada en la suspensión del derecho de visitas hasta que la sentencia por delito de violencia de género adquiriera firmeza.

La solicitud del padre en primera instancia salió victoriosa, pudiendo un día a la semana relacionarse con la menor.

Por parte de la madre se interpuso un recurso de casación fundado en la suspensión del régimen de visitas en beneficio del menor ante la existencia de violencia o peligro.

Definitivamente, el tribunal declaró en favor de la madre, ya que ante todo prevalece el interés del menor y claro está, que en un caso de violencia de género no resulta conveniente que un menor comparta tiempo con el progenitor condenado.

¹⁹ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P: “Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento”. Diario La Ley nº6998, Sección doctrina, 28 de julio de 2008, La Ley 38862/2008.



Esta sentencia marcó un antes y un después en la doctrina.

El ejercicio conjunto de patria potestad por los titulares de la misma o por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, aparece contemplado en el artículo 156 del Código Civil. El problema no se produce durante la convivencia matrimonial, sino en el momento de la ruptura, llegado ese momento, dan comienzo las diferencias entre progenitores respecto el ejercicio de la misma. El ejercicio conjunto de la patria potestad resulta independiente de la atribución de la guarda o custodia, pudiendo esta ser otorgada o bien a la madre o bien al padre o a ambos. Así pues, la toma de decisiones respecto del menor, ha de ser llevada a cabo por aquel que ostenta la guarda y custodia, sin perjuicio, de que entre ellos exista una continua comunicación respecto de las cuestiones relevantes del menor. Las sentencias que voy a mencionar a continuación son un ejemplo de ello; la Sentencia nº759/2011, del Tribunal Supremo, de 2 de noviembre de 2011, donde todas las decisiones han de ser adoptadas de forma conjunta, tal y como expongo anteriormente; otro ejemplo, puede ser la Sentencia nº642/2012, del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2012, en este caso, al tratarse de cuestiones de vital relevancia, se pone fin al conflicto mediando si tales decisiones deben ser tomadas por uno u otro, o por quien ejerce la guarda y custodia. Finalmente, se expresa: *“las acciones y responsabilidad que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padre de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos, teniendo una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio”*²⁰.

Será el órgano judicial al que deberán acudir los progenitores, en caso de desacuerdo, otra de las posibilidades previstas dentro del artículo, donde después de ser oídos, en función de la madurez y siempre si fuera mayor de 12 años, le será atribuido al menor la facultad de elección al padre o a la madre. Si estos desacuerdos se dieran con mayor frecuencia o se produjera una grave entorpecimientos del ejercicio de la patria potestad, las funciones o podrían serle atribuidas de manera total o parcial a uno de los

²⁰ REYES CANO, P. (2020) *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas* [Tesis doctoral sobre Violencia contra la Mujer], págs. 119- 125.



progenitores o se acordaría una distribución de las mismas, no pudiendo exceder en ningún caso de los dos años.

En caso de violencia de género, el ejercicio conjunto de la patria potestad se verá obstaculizado, teniendo como consecuencia la atribución exclusiva de la guarda y custodia a la madre, argumento apoyado por el mismo artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Con frecuencia, el interés del menor, en situaciones de violencia de género, queda en segundo plano perjudicado por el ejercicio conjunto de la patria potestad.

La atribución del ejercicio exclusivo a la madre puede ser desencadenada por la situación en la que se encuentra el progenitor, viéndose este, privado de libertad por un delito de violencia de género. Ejemplo de ello, la Sentencia nº 319/2016, de 13 de mayo de 2016, donde la privación de libertad del padre por la comisión de un delito de violencia de género, termina con la suspensión del ejercicio de la patria potestad. En esta otra sentencia, Sentencia nº275/2015, de 27 de octubre de 2015, la gravedad contenida en la privación de libertad, lleva a que la sala prive de ejercicio al padre. Contraria a estas decisiones, fue la tomada en la Sentencia nº680/2015, de 26 de noviembre de 2015, donde se conserva el ejercicio conjunto de la patria potestad y el régimen de visitas establecido se ve suspendido.

Este no es el único supuesto que puede conllevar la atribución del ejercicio exclusivo a la madre, así, la prohibición de aproximación y comunicación cuando es extendida a los hijos e hijas, puede tener este mismo efecto. De la jurisprudencia encontrada, tanto la Sentencia nº235/2016, de 14 de abril de 2016 como la Sentencia nº247/2016, de 20 de junio de 2016, fallan de igual forma, donde los malos tratos acreditados y la existencia de un procedimiento por causa de violencia de género no solo a la madre sino también las hijas, terminan con un otorgamiento del ejercicio exclusivo a la madre.

La falta de relación del padre con los menores desde el momento de la separación, es el último de los supuestos que conllevan una atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre. En este sentido, la Sentencia nº334/2016, de 2 de mayo de 2016, ante la falta de cumplimiento grave y reiterado de las obligaciones recogidas en el artículo 154 Cc por parte del padre, así como una conducta perjudicial para el menor, fueron los motivos que derivaron en una atribución del ejercicio exclusivo a la madre



con la finalidad de salvaguardar el interés del menor de esa pasividad contenida en la conducta del progenitor.

Por último, en el artículo 158 del Código Civil vienen contempladas algunas de las medidas de protección del interés de los menores pudiendo ser dictadas por el Juez como medidas provisionales urgentes.

El posible acercamiento del progenitor así como la violación de la orden de protección impuesta son algunas de las razones que dan sentido a estas medidas relativas a la guarda y custodia, en ese momento específico, en el que el menor ha de encontrarse bajo el cuidado de un tercero por solicitud de la madre. Llegado el momento donde esa situación de peligro ha cesado, el menor estará de vuelta con la madre, considerando que es lo más adecuado para él.

La salida del territorio nacional por parte del progenitor es otra de las medidas excepcionales susceptibles de solicitud, ante el miedo fundado de que ejecute un acto de venganza llevándose al menor²¹.

En casos de violencia de género, son cruciales los conocidos Puntos de Encuentro Familiar (PEF), en ellos, se llevará a cabo el encuentro acordado entre el menor y el progenitor. Protocolados de tal forma que, tanto los tiempos de llegada como los de salida, han de ser previamente establecidos, con el fin de evitar un encuentro no deseado entre el progenitor no custodio y la madre.

4.3 Régimen especial

Se prevé una batería de medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas, de carácter mixto, civil y penal, tanto en la referida Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre como en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica²².

²¹ MURTULA LAFUENTE, V: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016. Pág 29.

²² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La atribución...” págs. 204- 210.



Fuera del marco de la orden de protección, aparecen previstas una serie de garantías de protección de carácter potestativo, recogidas en los artículos 65 y 66 de la tan mencionada Ley Orgánica 1/2004. La suspensión prevista en tales artículos, regula medidas de naturaleza civil relativas al ejercicio de la patria potestad o la custodia de menor y al consiguiente, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

García Rubio, mantiene su desacuerdo respecto la inclusión de estas medidas civiles como efectos “sancionatorios respecto de los hijos”²³. Esta inclusión no supone una alteración a la normativa aplicable a las relaciones paterno- filiales en supuestos de ruptura convivencial, pues va sucedida de un caso de violencia de género.

La orden de protección aparece señalada en el artículo 544.ter de la LECr, incluido en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica.

Es adoptada como instrumento básico ante un supuesto de violencia de género, enfocándose en una única e inmediata decisión judicial (auto) que implementa medidas de seguridad y protección de carácter penal y civil y activa a su vez los mecanismos de asistencia y protección social, consagrando así, el “estatuto de protección integral” de las víctimas de violencia doméstica. Debiendo ser inscrito en el Registro sobre Protección de Víctimas de Violencia Domestica, en el plazo de veinticuatro horas con la consiguiente comunicación a la Policía Judicial. Esta orden puede sufrir una dilación en el tiempo, llegando a las setenta y dos horas, provocando una situación de especial gravedad para la víctima ante el posible conocimiento de la orden por el agresor. De ahí, la reclamación de la doctrina sobre la adopción automática, sin tener que guardar la espera de setenta y dos horas.

Su establecimiento necesita de la existencia de un hecho aparentemente delictivo de comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual²⁴.

²³ GARCÍA RUBIO, M.P.: “El marco civil...” págs. 163- 167.

²⁴ DE HOYOS SANCHO, M.: “La orden de protección de las víctimas de la violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director M. De Hoyos Sancho, LexNova 2009, págs. 521-560.



Por lo que respecta, de acuerdo con el apartado séptimo del artículo 544.ter de la LECr, la solicitud de la orden puede ser llevada a cabo bien por la víctima o su representante legal, o bien acordada de oficio por el Ministerio Fiscal, ante la existencia de hijos menores o incapaces. Confirmando la imposibilidad de modificación de aquellas medidas civiles acordadas previamente: *siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil*. Si podría, existir una conciliación entre las medidas civiles establecidas por el juez civil y las medidas penales acordadas en la orden, evitando así, la desprotección de la víctima. Por tanto, *“si son solicitadas las medidas civiles y no ha recaído resolución civil al efecto podrá adoptar las que considere oportunas el juez penal; si ya existen medidas civiles, únicamente podrá el juez acomodar lo dispuesto en la resolución civil a las medidas penales acordadas en la orden de protección y sólo cuando exista una situación de peligro o perjuicio para el menor podrá, al amparo del artículo 158 del Código Civil, dejar sin efecto lo resuelto en la jurisdicción civil y determinar lo que considere adecuado para salvaguardar el supremo interés del menor.”*

Estas medidas civiles guardan una cierta similitud con las adoptadas provisionalmente por el juez en caso de nulidad, separación y divorcio²⁵.

Según lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado séptimo del artículo 544.ter LECr, la vigencia temporal con la que cuentan estas medidas es de treinta días, con posibilidad de ampliación de otros treinta, si diera comienzo un procedimiento de familia; así, el juez de primera instancia competente será quien llevará la correspondiente ratificación o modificación de las mismas cuando se produzca una modificación sustancial de las circunstancias.

²⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director M. De Hoyos Sancho, LexNova 2009, págs. 265- 267.



CONCLUSIONES

La conservación del concepto de Patria Potestad mantiene vivo ese ideal adoptado en el origen de la misma, donde el poder recae sobre el varón, dejando paso a la tradición heredada.

La diferencia apreciable entre patria potestad y guarda y custodia aborda una trascendencia a la hora de tratar el tema, pues, estamos ante figuras jurídicas independientes. Una vez conocidos ambos conceptos, la diferencia reside en quien las ejerce. La primera, únicamente podrá ser ejercida por los progenitores, sin embargo, la segunda, su ejercicio puede ser llevado a cabo o bien por ellos mismos o bien por terceros.

La posición en la que se encuentran las mujeres en situaciones de violencia de género, dificulta gravemente la toma de decisiones respecto los hijos, viéndose *entre la espada y la pared* para que el interés del menor, salga indemne.

Todos los mecanismos de garantía y respectivo desarrollo legislativo vienen dados por las leyes a las cuales he hecho alusión a lo largo del trabajo, que si bien por mesura expositiva me remito a las mismas.

La consolidada línea jurisprudencial con la que cuenta el régimen de custodia compartida, examina sentencias que lo dejan sin efecto ante casos de violencia de género, revelando una difícil y tóxica convivencia entre progenitores que pone en peligro el interés del menor, obstaculizando, el establecimiento del mismo. Por tanto, únicamente el interés del menor se verá priorizado en una relación de mutuo respeto, en palabras del Tribunal Supremo.



Los derechos civiles autonómicos han logrado hacerse eco en relación con la materia, donde indudablemente, destaca el derecho civil vasco, por acertar en mayor medida con la cuestión tratada, aportando una regulación libre de confusiones a la hora de atribuir la custodia o fijar un régimen de visitas, en supuestos de violencia de género, viéndose el juez obligado a la adopción de la custodia exclusiva.

Contradictorio, es el hecho de que el régimen de visitas se mantenga intacto aún en situaciones de violencia de género. Dada la prevalencia del interés del menor, el mínimo acto que suponga un peligro para este, desencadenará la suspensión del mismo.

Se ha de apreciar como en reducidas ocasiones se produce la atribución a la madre del ejercicio exclusivo de la patria potestad, todo ello a pesar del gran respaldo jurídico con el que cuenta, se termina por atribuir el ejercicio conjunto a la madre y el padre. Si recordamos, esa resistencia a eliminar la tradición heredada, repercute de alguna forma sobre la suspensión del ejercicio de la patria potestad, dificultándola en cierta medida.

Se necesita de la adopción de medidas en protección y seguridad a las víctimas, estas pueden ser de variada índole. Así, las civiles, no sólo cuentan con un carácter potestativo sino que la suspensión prevista en tales artículos, regula medidas relativas al ejercicio de la patria potestad o la custodia de menor y al consiguiente, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. Las penales, en cambio, motivadas por un supuesto de violencia de género, se desarrollan dentro del marco de la orden de protección, consagrando así, el “estatuto de protección integral” de las víctimas de violencia doméstica. Y por último, las excepcionales, adoptadas de urgencia en protección del interés del menor.





JURISPRUDENCIA CITADA

STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012

STC 192/2016, de 16 de noviembre de 2016.

STS 252/2011, de 7 de abril de 2011 [ECLI:TS:2011:2005]

STS 759/2011, de 2 de noviembre de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:6904]

STS 642/2012, de 26 de octubre de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:6811]

STS 5641/2013, de 29 de abril de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:5641]

STS 200/2014, de 25 abril 2014 [ECLI:ES:TS:2014:1699]

STS 275/2015, de 27 de octubre de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:275]

STS 680/2015, de 26 de noviembre de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:4900]

STS 4900/2015, de 26 de noviembre de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:4900]

STS 36/2016, de 4 de febrero de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:188]

STS 334/2016, de 2 de mayo de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:334]

STS 319/2016, de 13 de mayo de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:2129]

STS 350/2016, de 26 de mayo de 2016

STS 2304/2016, de 26 de mayo de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:2304]

STS 247/2016, de 20 de junio de 2016 [ECLI:ES:APMU:2016:1513]

STS 43/2018, de 17 de enero de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:43]

STS 648/2020, de 30 de noviembre de 2020

STS 1207/2022, de 28 de marzo de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:1207]



BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director M. De Hoyos Sancho, LexNova 2009.

BORGES BLÁZQUEZ, R.: *La protección de las víctimas en la Unión Europea: de la obligación estatal positiva de proteger a las víctimas de violencia de género a su tutela judicial*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

CASTRO CORREDOIRA, M.: *El alejamiento preceptivo en violencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

DE HOYOS SANCHO, M.: “La orden de protección de las víctimas de la violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director M. De Hoyos Sancho, LexNova 2009.

FARIÑA, F.: *Violencia de género: tratado psicológico y legal*, Biblioteca Nueva, 2013.

GARCÍA RUBIO, M. P “El marco civil de la violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director M. De Hoyos Sancho, LexNova 2009.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P: “Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento”. Diario La Ley nº6998, Sección doctrina, 28 de julio de 2008, La Ley 38862/2008.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación y la privación de la patria potestad* (Comentario a la STC 174/2002, de 9 de octubre), AC, 2003.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: Comentario a la STS de 28 de marzo de 2022.



GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Director M. De Hoyos Sancho, LexNova 2009.

GUILARTE MARTÍN- CALERO, C: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

GUILARTE MARTÍN- CALERO, C.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, 2009.

MARTÍNEZ CALVO, J.(2018) *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español* [Tesis doctoral].

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Derecho de familia*, Edisofer, S.L., 2022.

MARTÍNEZ- OTERO PÉREZ, V.: *Sexo, Género y Violencia*, Editorial Dykinson, S.L., 2022.

MURTULA LAFUENTE, V: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

POZO PÉREZ, M.: *Estudios interdisciplinarios de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

REYES CANO, P. (2020) *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas* [Tesis doctoral sobre Violencia contra la Mujer].

RUÍZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.: “La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar”.



FUENTES ELECTRÓNICAS

Abogados, R. (2021, 25 noviembre). *La privación patria potestad*. Rodenas Abogados. <https://www.rodenasabogados.com/privacion-patria-potestad/#:%7E:text=La%20privaci%C3%B3n%20de%20la%20patria%20potestad%20es%20una%20sanci%C3%B3n%20que,derecho%20a%20cumplir%20determinadas%20funciones>

Conceptosjuridicos.com. (2022a, marzo 3). *Guarda y Custodia | Custodia Legal: Guía Actualizada 2022*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

Conceptosjuridicos.com. (2022, 17 marzo). *Patria Potestad en el Código Civil en España ▷ Guía 2022*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/patria-potestad/#:%7E:text=La%20patria%20potestad%20es%20el,en%20las%20relaciones%20paterno%2Dfiliales.https://almaabogados.com/la-patria-potestad-su-evolucion>

Conceptosjuridicos.com. (2022, 8 junio). *Custodia Compartida: todo lo que necesitas saber – Guía 2022*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/custodia-compartida/>

Guía de derechos para las mujeres víctimas de violencia de género. (2021). <https://violenciagenero.igualdad.gob.es>. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/derechos/docs/guidaderechos.pdf>

Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (2015). <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/>. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/laDelegacionInforma/pdfs/DGVG_INFORMA_LEYES_INFANCIA.pdf

¿Qué es la violencia de género? | Mujeres en Galicia. (s. f.). [www.igualdade.xunta.gal.es](http://igualdade.xunta.gal/es/content/que-es-la-violencia-de-genero). <http://igualdade.xunta.gal/es/content/que-es-la-violencia-de-genero>



R. (2021, 12 octubre). *Guarda y Custodia o Custodia Legal de los hijos: definición y tipos*. El Blog Legal. <https://elbloglegal.com/guarda-y-custodia/>

Resumen de la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género. (s. f.). <https://aeropuertodebarcelona.net>.
https://aeropuertodebarcelona.net/index_archivos/documentos/descargas/tema_empleo/resumen_ley_1-2004.pdf

Violencia de género. (2016). www.inmujeres.gob.es.
https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf

FUENTES JURÍDICAS

Código Civil

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer AG ONU, 1993

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

Real Decreto- ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

