Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La incidencia de la violencia de género y doméstica en la atribución de la guarda y custodia: una visión jurisprudencial

Presentado por:

Isabel Velasco Herrero

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín- Calero

Valladolid, 3 de julio de 2024

RESUMEN

Este trabajo de fin de grado aborda la compleja relación entre la violencia de género y doméstica en los procedimientos de atribución de la guarda y custodia en el contexto legal español. A través de un análisis de la jurisprudencia más relevante de los últimos cuatro años, se examina cómo los tribunales han manejado casos en los que la violencia es un factor determinante en las decisiones de custodia. Se exploran las distintas interpretaciones legales y los criterios aplicados por los jueces en cada caso, así como las posibles inconsistencias y desafíos en la aplicación de la ley.

El estudio también considera el impacto de estas decisiones en los menores involucrados, en base al principio del interés superior del menor, con el objetivo de proporcionar una visión integral y crítica de la protección jurídica ofrecida a los menores en el ámbito de la guarda y custodia.

PALABRAS CLAVES: guarda y custodia, patria potestad, custodia compartida, custodia exclusiva, violencia de género, violencia doméstica, progenitores, crisis matrimonial, cónyuges, menores, régimen de visitas.

ABSTRACT

This paper addresses the complex relationship between gender-based and domestic violence in the procedures for attribution of guardianship and custody in the Spanish legal context. Through an analysis of the most relevant jurisprudence from the last four years, we will examine how courts have handled cases in which violence is a determining factor in custody decisions. It explores the different legal interpretations and criteria applied by judges in each case, as well as potential inconsistencies and challenges in the application of the law.

The study also considers the impact of these decisions on the minors involved, based on the principle of the best interests of the child, with the aim of providing a comprehensive and critical view of the legal protection offered to minors in the field of guardianship and custody.

KEY WORDS: guardianship and custody, parental authority, joint custody, exclusive custody, gender based violence, domestic violence, parents, marital crisis, spouses, minors, visiting arrangements.

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

CC: Código Civil

CP: Código Penal

CE: Constitución Española

LO: Ley Orgánica

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

SAP:Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN 8
1.1 JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO 8
1.2 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN 8
2. GUARDA Y CUSTODIA 9
2.1 RELACIÓN Y DISTINCIÓN CON EL CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD 9
2.2 CONCEPTO Y EVOLUCIÓN 12
2.2.1 Evolución 12
2.2.2 Concepto de guarda y custodia 13
2.3 ORIGEN LEGAL Y REGULACIÓN ACTUAL 14
2.3.1 Origen legal 14
2.3.2 Regulación actual 16
2.4 CLASES DE GUARDA Y CUSTODIA 18
2.4.1 Régimen de custodia exclusiva 18
2.4.2 Régimen de custodia compartida 18
2.4.3 Guarda y custodia distributiva 20
2.4.4 Guarda atribuida a tercero no progenitor 20
3. PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIONES DE RUPTURA CONVIVENCIAL DE LOS PROGENITORES: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR 20
3.1 CONTENIDO 20
3.2 REGULACIÓN 22
3.3 DERECHO A SER OÍDO Y AUDIENCIA DEL MENOR 23
4. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO 24
4.1 VIOLENCIA DOMÉSTICA 24
4.1.1 Concepto 24
4.1.2 Requisitos 26
4.2 VIOLENCIA DE GÉNERO 27
4.2.1 Concepto. Diferenciación de la Violencia Doméstica 27
4.2.2 Tipología 28
4.3 NORMATIVA COMÚN 29
4.3.1 Normativa Internacional 29
4.3.2 Normativa Europea 29
4.3.3 Normativa Estatal 29
4.3.3.1 Ley 27/2003, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica..... 29
4.3.3.2 Ley Organica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género..... 29
4.3.3.3 Código Penal.....29
4.3.3.4 Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.....29
4.3.3.5 Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual..... 30
4.4 INFLUENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LA GUARDA Y CUSTODIA 31
5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 32
5.1 JURISPRUDENCIA RELEVANTE 32
5.1.1 Custodia Compartida 32

5.1.1.1 SAP 1462/2022 de 22/05/2023 Sección 10 Audiencia Provincial de Valencia. Violencia de género..... 32

5.1.1.2 SAP 366/2024 de 06/03/2024 Audiencia Provincial Tarragona Sección 1, Violencia de género.. 32

5.1.1.3 STS 1645/2023 de 27/09/2023 Tribunal Supremo Sala 1ª, Violencia de género..... 33

5.1.1.4 SAP 2349/2023 de 24/02/2023 Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Cádiz, Malos tratos habituales y Violencia Doméstica (habitual).....33

5.1.1.5 SAP 2367/2021 de 27/12/2021 Audiencia Provincial Granada Sección 5, Violencia de género. 34

5.1.1.6 STS 404/2022 de 18/05/2022 Sala de lo Civil, Violencia de género..... 34

5.1.1.7 SAP 1240/2023 de 27/11/2023 Audiencia Provincial Castellón de la Plana/Castelló de la Plana Sección 4, Violencia de género delito de amenazas..... 34

5.1.1.8 SAP 1194/2023 de 24/02/2023 Audiencia Provincial de Valencia, Violencia de género.....34

5.1.2 Guarda exclusiva a la madre 35

*5.1.2.1 STS 3402/2022 de 26/09/2022 Tribunal Supremo Sala de lo Civil Madrid, Violencia de género, maltrato y amenazas a la madre con agravante de reincidencia.....*35

5.1.2.2 SAP 2641/2024 de 29/02/2024 Audiencia Provincial Barcelona Sección 12, Violencia de género, coacciones, amenazas y vejaciones.....36

5.1.2.3 STS 1580/2024 de 14/03/2024 Sala de lo Civil Madrid Sección 1, Violencia doméstica abusos sexuales leves a la hija común.....36

5.1.2.4 SAP 249/2024 de 21/02/2024 Audiencia Provincial Valencia Sección 10, Violencia doméstica..... 36

*5.1.2.5 SAP 110/2024 de 26/02/2024 Audiencia Provincial Soria Sección 1, Violencia de género.....*37

5.1.2.6 SAP 75/2024 de 21/02/2024 Audiencia Provincial Málaga Sección 6, Violencia de género... 37

*5.1.2.7 SAP 2881/2022 de 13/12/2022 Audiencia Provincial Bilbao Sección 4, Violencia de género lesiones.....*38

*5.1.2.8 SAP 121/2024 de 10/01/2024 Audiencia Provincial Lugo Sección 1, Violencia de género.....*38

5.1.2.9 SAP 2773/2022 de 29/12/2022 Audiencia Provincial Cádiz Sección 5, Violencia de género y Violencia doméstica..38

*5.1.2.10 SAP 419/2022 de 09/12/2022 Audiencia Provincial Oviedo Sección 5, Violencia de género, abusos sexuales.....*39

*5.1.2.11 SAP 634/2022 de 02/12/2022 Audiencia Provincial Sevilla Sección 2, Violencia de género..*39

5.1.2.12 SAP 669/2023 de 21/12/2023 Audiencia Provincial Barcelona Sección 12, Violencia doméstica..... 39

5.1.3 Guarda exclusiva al padre 40

*5.1.3.1 SAP 520/2022 de 30/06/ 2022 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa Violencia de género y amenazas Leves.....*40

5.1.3.2 SAP 529/2022 de 18/11/2022 Audiencia Provincial Logroño Sección 1, Violencia doméstica hacía la menor..... 40

*5.1.3.3 SAP 4121/2023 de 05/12/2023 Audiencia Provincial Sede: Málaga Sección 6, Violencia de género ejercida por la nueva pareja de la madre.....*41

5.1.4 Guarda atribuida a un tercero 41

*5.1.4.1 STS 984/2023 de 20/06/2023 Violencia de género y abusos sexuales a menores.....*41

5.2 LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA AUTOMÁTICA 42

5.3 ANÁLISIS 43

6. CONCLUSIONES 45

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 48

8. JURISPRUDENCIA CITADA **51**

1. INTRODUCCIÓN

1.1 JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La violencia de género y doméstica es un fenómeno social que genera especial preocupación en la actualidad. En el ámbito jurídico, la atribución de la guarda y custodia de menores en situaciones donde se han producido tales formas de violencia representa un desafío complejo y delicado. Esta problemática involucra la seguridad y el bienestar de las propias víctimas y la protección de los derechos de los menores, que al tenor de la Ley de Infancia son reconocidos asimismo como víctimas de violencia de género.

Este estudio pretende analizar de manera exhaustiva la incidencia que tiene la violencia de género y doméstica en las decisiones judiciales sobre la atribución de la guarda y custodia de los hijos, desde una perspectiva jurisprudencial. Se busca identificar los criterios y principios que los tribunales consideran relevantes al tomar estas decisiones, así como evaluar la coherencia y consistencia de la jurisprudencia existente en este campo.

Además, este trabajo pretende contribuir al debate académico y social sobre cómo mejorar la protección de las víctimas de violencia de género y doméstica, especialmente en lo que respecta a la salvaguarda de los derechos de los niños involucrados en estas situaciones. Al comprender mejor cómo se aplican las leyes y cómo se interpretan en la práctica judicial, se podrán identificar posibles áreas de mejora en el sistema legal y proponer recomendaciones para una aplicación más efectiva y justa de la ley en estos casos.

En resumen, este estudio es fundamental para profundizar en el conocimiento sobre la relación entre la violencia de género y doméstica y la atribución de la guarda y custodia de los hijos, con el fin de promover una justicia más equitativa y sensible a las necesidades de las víctimas y sus familias.

1.2 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivo analizar la incidencia de la violencia de género y doméstica en la determinación de la guarda y custodia en el ámbito jurídico, realizando para ello un análisis jurisprudencial. A través de un estudio detallado de la jurisprudencia relevante, se explorarán los criterios utilizados por los tribunales para tomar

decisiones en casos donde se den lugar estos tipos de violencia en procedimientos de guarda y custodia, con la complejidad de intentar salvaguardar el interés superior de los menores.

El objetivo central de este estudio es examinar la manera en que la jurisprudencia ha tratado la relación entre la violencia de género y doméstica y la determinación de la guarda y custodia de menores, identificando tendencias, desafíos, obstáculos y posibles soluciones. Se parte del entendimiento de que esta problemática no puede ser abordada de manera aislada, sino que requiere un análisis integral. El presente trabajo se estructura en distintas secciones que abarcan desde un análisis teórico y conceptual sobre la guarda y custodia y sobre la violencia de género y doméstica, hasta un estudio detallado de la jurisprudencia relevante.

En conclusión, este estudio pretende aportar elementos para una mejor comprensión de la manera en que los sistemas jurídicos abordan la atribución de la guarda y custodia en casos de violencia de género y doméstica, así como para reflexionar sobre posibles mejoras en los enfoques y prácticas existentes con el objetivo de garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas involucradas.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1 RELACIÓN Y DISTINCIÓN CON EL CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Antes de comenzar a hablar acerca del concepto de guardia y custodia cabe diferenciar dicho concepto del de patria potestad, con el que guarda una especial vinculación. La patria potestad no se trata de un derecho subjetivo de los padres sobre los hijos, sino que supone un conjunto de facultades o derechos- deberes, el contenido se dispone en el art. 154 del Código Civil que establece los deberes que ostentan los padres respecto de los hijos no emancipados, se incluye el deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurar una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes. La obligación de velar por los hijos y prestar alimentos deriva directamente del vínculo de filiación por lo que seguirá existiendo aun cuando los progenitores hayan perdido la patria potestad.

MARTINEZ CALVO señala que cuando los progenitores viven juntos la guarda y custodia se ve absorbida en el ejercicio cotidiano de la patria potestad, ya que forma parte del

ámbito personal de la misma. En estos casos no es necesario diferenciar los conceptos debido a que el ejercicio conjunto de la patria potestad, implica el ejercicio de la guardia y custodia por ambos progenitores conjuntamente. La diferenciación cobra importancia cuando no existe convivencia entre dichos progenitores y se debe encomendar la compañía, atención y cuidado directo a uno de ellos o a ambos. Es en los supuestos de falta de convivencia de los progenitores, cuando se individualiza el aspecto concreto del ejercicio de la patria potestad relativo al cuidado de los menores, a este aspecto concreto se le conoce como guarda y custodia. La guarda y custodia interviene cuando existen hijos menores sujetos a patria potestad y los progenitores no conviven juntos[1].

En tenor al art. 154.1 del CC la titularidad de la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados le corresponde conjuntamente a ambos progenitores, salvo casos excepcionales y esta situación va a permanecer inalterable una vez tenga lugar la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte de uno o ambos progenitores. En cuanto a su ejercicio el art. 156 del CC establece como regla general el ejercicio conjunto que igualmente permanecerá inalterable una vez disuelto el matrimonio (art. 92.4 CC). Por ende en los supuestos de nulidad, separación o divorcio ambos cónyuges mantienen como regla general tanto a la titularidad como el ejercicio de la patria potestad con independencia de a quién se le otorgue la guarda y custodia del menor, el progenitor, que no conserve la guarda y custodia mantiene la titularidad y el ejercicio de la patria potestad donde están limitadas las facultades relativas de tener a los menores en su compañía y la participación en la adopción de determinadas decisiones de escasa importancia pertenecientes al día a día.

Sin embargo, una parte de la doctrina entiende que el ejercicio de la patria potestad es inherente a la guarda y custodia y por tanto el ejercicio de la patria potestad corresponde en exclusiva al progenitor custodio, esta posición se ve apoyada por lo dispuesto en el art. 156.5 del CC donde se señala que en los supuestos de falta de convivencia de los progenitores el ejercicio de la patria potestad corresponderá a aquel con el que conviva el menor, pudiendo el otro pedir el ejercicio conjunto. No obstante, la mayoría de la doctrina apoya la anterior teoría en base al mencionado art. 92.4 del CC.

En la práctica, el criterio seguido por los jueces era otorgar la guarda y custodia a la madre, debido a que de manera habitual se tiende a considerar que las mujeres son más aptas que

[1] MARTINEZ CALVO, Javier. "La guarda y custodia". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, Pág. 32.

los hombres para encargarse del cuidado de los menores. Una vez instaurada la democracia, se aprobó la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del Matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en los casos de Nulidad, Separación y Divorcio13. Con la presente ley, se reforma el título IV del Libro I del CC, adecuándolo a la nueva filosofía de igualdad de la CE.

Se fija un modelo de guarda y custodia en el que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, la determinación del progenitor custodio respecto a los hijos/hijas mayores de siete años queda al arbitrio del juzgador, quien habrá de decidir exclusivamente conforme al principio del supremo interés del menor (art. 92 CC), abandonando así el criterio culpabilístico[2] (que se seguía anteriormente). Por su parte, los menores de siete años quedarán bajo el cuidado de la madre, en defecto de acuerdo de los progenitores y salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo (nuevo art. 159 CC). No obstante, este criterio de preferencia materna fue suprimido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, por consistir en un criterio claramente discriminatorio para los padres de los hijos menores de siete años[3].

Consagrado el principio de igualdad en orden a la custodia de los hijos con la citada Ley, en 2005 tuvo lugar, un gran avance en esta materia, en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en cuanto incorporó al art. 92 CC, junto a la tradicional custodia individual, la custodia compartida como medida excepcional a adoptar tras la ruptura conyugal. Así, el nuevo art. 92.5 CC señala que "*se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos".*

El Tribunal Supremo ha realizado una importante reinterpretación del precepto, estableciendo que, según el artículo 92 del Código Civil, la custodia compartida no debe

[2] Ley Provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, determinaba el criterio a tomar en consideración por el Juez para atribuir la custodia de los hijos en un proceso de nulidad o separación matrimonial era la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, quedando así los hijos bajo la potestad del inocente. Ello es así desde el momento en que la ruptura del vínculo matrimonial se basaba en el comportamiento culpable de uno de los cónyuges, motivado por la idea de que el matrimonio era una institución que debía preservar por encima de los intereses de los cónyuges, de tal manera que únicamente podía verse disuelto cuando existiese una conducta que merece la reprobación del Ordenamiento jurídico. Así, la Ley ofrecía una lista cerrada de las causas por las que podía solicitarse el divorcio, en la que se recogían diversas conductas cuyo carácter culpable no se discutía o bien expresarse mediante la violación grave y reiterada de los deberes conyugales.

[3] ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocio "Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales", Dykinson, Madrid, 2018. Pág. 153.

entenderse como una medida excepcional, sino como algo "normal" e incluso "deseable", ya que permite que se haga efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores. De hecho, esta interpretación invierte el orden del precepto, otorgando prácticamente preferencia a la custodia compartida.

Más allá de la perspectiva jurídica, la evolución normativa demuestra que la legislación española se ha ido adaptando a los cambios sociales, dejando atrás una sociedad patriarcal en la que se presumía que toda madre, por el mero hecho de serlo, estaba más capacitada para el cuidado de los hijos y, salvo en casos de clara incompetencia, se le atribuía el cuidado de los menores en los "años tiernos". Sin embargo, con la aprobación de la Constitución Española de 1978, esta presunción se volvió inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad del artículo 14, y fue eliminada del Código Civil. Hoy en día, la normativa es neutra y establece como único criterio el interés superior del menor. No obstante, a pesar de esta neutralidad, persiste cierta tendencia social a considerar que la madre es más adecuada para el cuidado de los menores. Por ello, la tendencia jurisprudencial mayoritaria sigue favoreciendo la concesión de la custodia individual a la madre, aunque se empieza a observar un cambio hacia la custodia compartida en pro de la igualdad de género.

2.2 CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

2.2.1 Evolución

El concepto de "custodia" se creó definitivamente en la reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958, que lo utilizó por primera vez en su artículo 67 bajo la expresión "persona bajo cuya custodia haya de quedar"; y respecto al término guarda, no fue hasta la Ley 11/1981 cuando se introdujo por primera vez en algunos preceptos de nuestro Código Civil —artículos 158, 174 y 1903—, aunque fue muy tímidamente. Finalmente, la locución conjunta "guarda y custodia" apareció por vez primera en nuestro ordenamiento con ocasión de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), que en sus artículos 748.4, 769.3 y 770.6 se refiere a "la guarda y custodia de hijos menores". En cuanto al Código Civil, comenzó a utilizar dicha expresión tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en concreto en su artículo 92.5: "*Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia(...)*".[4]

[4] MARTINEZ CALVO, Javier. "La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español" 2018. Universidad de Zaragoza, pág. 22

Se dice que la expresión conjunta "guarda y custodia" tiene un origen jurisprudencial ya que con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Civil tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales utilizaban esta expresión. Asimismo, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de febrero de 1947, empleó este término siendo por tanto esta sentencia una de las primeras resoluciones en emplear la expresión conjunta "guarda y custodia".

2.2.2 Concepto de guarda y custodia

La guarda y custodia no se encuentra regulada en el CC ni tampoco existe un concepto claro de la misma, sin embargo, sí que aparece mencionada en lo referido a las crisis matrimoniales dentro del Capítulo IX "De los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio" en los arts. 90 y siguientes que se podrá determinar por convenio regulador o por sentencia judicial. Se trata de una figura de Derecho de Familia que se ve integrada dentro del contenido personal de la patria potestad y que como hemos expuesto anteriormente solo va a cobrar importancia cuando los progenitores dejen de convivir.

La guarda y custodia surge cuando los padres no pueden cumplir con su función continua de tener a los hijos en su compañía como contenido de la patria potestad y como resultado del divorcio[5]. De modo que la titularidad de la patria potestad sigue siendo conjunta, pero el ejercicio puede que no.

Se puede definir como un hecho por el cual los progenitores o bien otras personas están habitualmente la compañía del menor, realizando con él los actos diarios que suponen su vida cotidiana, vigilando su comportamiento, protegiéndole y defendiéndole de cualquier mal que pudiera llegar a acontencerle. GUILARTE MARTÍN-CALERO define la guarda y custodia como aquella potestad que otorga el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa

[5] ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío. "Nadie pierde: la guarda y custodia compartida". 2018. Pág. 125

o negligencia[6]. El ejercicio de la guarda y custodia implica la convivencia diaria con el menor y el cuidado directo.[7]

MARTINEZ CALVO expone que cuando se debate sobre la guarda y custodia, se plantean dos cuestiones; quién va a convivir con el mejor y ejercer el cuidado directo sobre el mismo, y quién irá adoptando las decisiones diarias de menor importancia que requieran dicho cuidado. En realidad, el contenido de la guarda y custodia y del régimen de visitas es prácticamente idéntico, ya que en ambos casos comprende el cuidado y residencia junto al menor, así como la adopción de las decisiones cotidianas. Esto ha llevado a un sector de nuestra doctrina a afirmar que, en la práctica, está ejerciendo la guarda y custodia de un menor aquel progenitor que en un momento dado lo tiene en su compañía, lo que incluiría al no custodio durante los periodos de comunicación establecidos. Sin embargo, aun sin negar que el contenido del derecho de visitas y de la guarda y custodia es muy semejante, considero que ambas figuras no son equiparables[8].

2.3 ORIGEN LEGAL Y REGULACIÓN ACTUAL

2.3.1 Origen legal

Siguiendo a RAGEL SÁNCHEZ[9] podemos considerar que el origen legal de la guarda y custodia se encuentra en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio 1870 en los arts. 87.2, 88.2, 97 y 98[10], aunque se considera que ya estaba prevista en los proyectos de Código Civil.

Continuando con lo iniciado con la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, la cuestión del cuidado de los hijos menores en los casos en que cesa la convivencia de los progenitores también se abordó en la redacción originaria del Código Civil en sus arts. 68.3, 71, 70 y 73[11], así como por la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 en sus arts. 16 y 17 y por la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modificaron los artículos 67, 68.3 y 73. del Código Civil. Por tanto, se debería considerar todas estas leyes civiles como precursoras de la guarda y custodia, que

[6]GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. "La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", InDret, Revista para el análisis del Derecho, núm. 2/2008, Pág. 4.
[7] MARTINEZ CALVO, Javier. "La guarda y custodia". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, Págs. 42-43
[8] MARTINEZ CALVO, Javier. "La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español" 2018. Universidad de Zaragoza, pág.30.
[9] RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", pág. 291.
[10]En los citados preceptos no se hablaba expresamente de guarda y custodia, sino del «depósito de los hijos» y de «quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección», en clara alusión a esta figura.
[11]Las expresiones utilizadas en la redacción originaria del Código para referirse a esta figura fueron las siguientes: «quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección», «tener a su cuidado» o «quedar al cuidado»

se consolidó definitivamente con las importantes reformas que acontecieron en nuestro Derecho de familia en 1981 a través de dos normas fundamentales: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio[12].

El año 2005 marcó un antes y después en la legislación de Derecho de Familia, en este año se aprobó la ley 15/2005 de 8 de julio, que modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se considera esta reforma la más importante en materia de Derecho de Familia tras la reforma de 1981. Esta reforma era necesaria y urgente ya que la legislación de 1981 estaba anticuada, el legislador de 2005 se vió influenciado por la jurisprudencia existente, el sentir popular y su evolución y las reivindicaciones de asociaciones que solicitaban la igualdad real y efectiva en el cuidado de los hijos[13].

Por todo esto se modificó el artículo 68 del CC, requiriendo a ambos cónyuges el deber de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente añadiendo que debían de compartir la responsabilidad doméstica y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes. Esto conllevó un gran cambio ya que por primera vez, el ordenamiento jurídico proclama en un precepto el deber de responsabilidad doméstica a ambos cónyuges, mediante esta iniciativa se garantiza y reconoce los principios constitucionales de igualdad jurídica y no discriminación por razón de sexo, que en situaciones de crisis matrimonial se veían limitados.

El objetivo de esta ley en lo referido a la guarda y custodia de los menores fue "*procurar la mejor realización de su beneficio e interés y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad. Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad*"[14]. A consecuencia de dicho propósito se introdujo por primera vez la guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad e incapacitados, sin embargo esta no es obligatoria en todos los casos.

[12]MARTINEZ CALVO, Javier. "La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español" 2018. Universidad de Zaragoza, pág.21.
[13]ESCRIBANO TORTAJARADA, P. "guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda" Práctica de Tribunales 119/2016. Pág. 1
[14]Exposición de motivos de la Ley 15/2005

Posteriormente a raíz de dos sentencias clave que incidieron en la guarda y custodia esta institución sufrió modificaciones. La primera sentencia fué dictada en 2012, por parte del Tribunal Constitucional, se trata de la sentencia 185/2012 de 17 de octubre[15], elimina la necesidad del informe favorable del Ministerio Fiscal que mencionaba el apartado ocho del art 92 CC, considerándolo inconstitucional. En 2013 mediante la sentencia del Tribunal Supremo, dictada por D. José Antonio Seijas Quintana, se sentaron las bases para que la custodia compartida fuera considerada como normal y deseable en interés del menor, debido a que estimó que la potestad conjunta es la mejor solución para el menor ya que le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que no sea perjudicial para el menor[16].

2.3.2 Regulación actual

Actualmente la guardia y custodia aparece recogida en el Código Civil, este contiene una serie de artículos a propósito de los procesos de nulidad matrimonial, separación o divorcio que regulan los aspectos más relevantes del régimen de guarda y custodia, donde destacan los siguientes artículos.

El artículo 92 se centra en la regulación del régimen de custodia que regirá las relaciones con los hijos como consecuencia de la separación o el divorcio, y es aplicable también a los procedimientos destinados a la adopción de medidas paternofiliales cuando no hay matrimonio preexistente.

En el artículo 93 se establece la forma de determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos para los hijos, y que se concreta en una pensión alimenticia normalmente a cargo de un progenitor y en el cuidado efectivo que lleva a cabo el progenitor que convive con los hijos, o bien en cómo se distribuyen los gastos de los hijos cuando hay custodia compartida. Y el régimen de visitas, comunicación y estancias a favor del progenitor al que no se haya atribuido la custodia se regula en el artículo 94, incluyendo el reparto de las vacaciones y las comunicaciones de los menores con los progenitores con los que no estén conviviendo.

Al tenor del art. 149.1.8 CE, una comunidad autónoma va a tener competencia para legislar en una materia concreta cuando concurran dos requisitos: que cuente con derecho civil propio en el momento de entrada en vigor de la Constitución y, que dicho derecho comprenda la

[15] STC de 17 de octubre de 2012 (RTC/2012/185)
[16] STS de 29 de abril de 2013 (RJ/2013/3269)

materia que se pretende regular. Por lo que aquellas Comunidades Autónomas con derecho civil propio han optado por regular la custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres mediante su propia legislación autonómica, ya que dicho artículo les permite tener su propio derecho civil, entre las cuales destacan Aragón y Navarra.

Aragón fue la primera comunidad autónoma en avanzar hacia la custodia compartida cuando, en mayo de 2010, sus Cortes aprobaron la Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres. Posteriormente en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, se aprobó el "Código del Derecho Foral de Aragón", un Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas. Este código establece la custodia compartida como la opción preferente, a menos que se determine que la custodia individual es más conveniente.

En su artículo 80, el código aborda la guarda y custodia de los hijos, indicando que cualquiera de los progenitores, de manera individual o de común acuerdo, puede solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. En el apartado segundo del citado artículo se establece que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente.

La Comunidad Foral de Navarra aprobó la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre la Custodia de los Hijos en casos de Ruptura de la Convivencia de los Padres, la cual entró en vigor el 28 de junio de 2011. Esta ley pretende, en consonancia con la realidad social actual, corregir el carácter excepcional de la custodia compartida en la regulación del Código Civil. Según su artículo 1, la finalidad de la ley es adoptar las medidas necesarias para que la decisión sobre la custodia de los hijos menores considere su interés superior y la igualdad de los progenitores, además de facilitar el acuerdo entre estos a través de la mediación familiar. Dicha ley no se inclina por ninguna de las dos formas de custodia, sino que las regula en un plano de igualdad absoluta. Según el artículo 3, en caso de ruptura de la convivencia, cualquiera de los padres, de manera individual o de común acuerdo, puede solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos. En definitiva, el juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores[17].

[17] Jurídicas, N. (2014, septiembre 9). El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Noticias Jurídicas. https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-conderecho-civil-propio/

2.4 CLASES DE GUARDA Y CUSTODIA

2.4.1 Régimen de custodia exclusiva

Cuando no se haya llegado a un acuerdo entre los padres acerca del sistema de custodia compartida alternativa o no se solicite por uno de ellos su adopción por la autoridad judicial, y siempre que el interés del menor lo aconseje, el juez deberá inclinarse por el modelo de guarda exclusiva, al configurarse el modelo alternativo como una excepción a la regla general. En estos supuestos el juez debe elegir al progenitor más idóneo para ejercer la guarda en las situaciones en que cese la de convivencia de los progenitores, el juez no tiene un criterio prefijado como había en regulaciones anteriores, sino que, atendiendo al caso concreto y siempre en interés de los hijos atribuirá la guarda a quien considere más apto.

Dichos criterios buscan asegurar que la medida adoptada sea la adecuada a lo que demanda el interés del menor y para ello se debe evaluar la situación familiar en conjunto. Lo primero que se debe determinar es la capacidad del padre y la madre para ejercer los deberes que acarrea la atribución de la guarda, cuando haya misma capacidad el juez atenderá a la disponibilidad para dedicarse el cuidado de los hijos, la estabilidad del menor, los afectos, y la predisposición de un progenitor para facilitar la comunicación con el otro. Una vez se haya elegido a un progenitor para que ejerza la guarda y custodia, este tiene que prestar a sus hijos la asistencia y cuidados que precisen en su vida diaria. Esto le coloca en una situación de preeminencia frente al progenitor no guardador, al que legalmente se le va a reconocer el derecho a relacionarse con sus hijos menores conforme a lo dispuesto en la resolución judicial (art.160 CC). El juez va a determinar el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho que se concreta en el derecho de visitarlo, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía (art. 94 CC)[18].

2.4.2 Régimen de custodia compartida

Este régimen va a cobrar especial relevancia a partir de la reforma establecida por la Ley 15/2005, que introduce positivamente esta figura. Entre las causas determinantes de que actualmente se opte por este modelo son: el aumento del trabajo femenino, la mayor implicación de los padres en la educación de los hijos y el incremento de divorcios. Anteriormente este modelo era cuestionado por gran parte de la doctrina y se imponía en casos excepcionales, sin embargo, actualmente ha pasado a ser parte de la normalidad y se denegará este régimen cuando

[18]GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. "La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", InDret, Revista para el análisis del Derecho, núm. 2/2008, Pág. 8

sea contrario al interés del menor o a falta de acuerdo por parte de los progenitores las circunstancias lo aconsejen.

Siguiendo a MARTÍN-CALERO, este sistema se basa en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia, que les colocan pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por los dos padres. Va a proceder la guarda y custodia alternativa según lo establecido en el art. 92 CC cuando así se haya pactado por los progenitores (fijación convencional[19]) o cuando lo dictamine un juez (fijación judicial[20]). Existe otra posibilidad de que el juez conceda la guarda y custodia compartida con carácter excepcional cuando concurran tres presupuestos: que lo solicite una de las partes, que el Ministerio Fiscal emita informe favorable y se exige que el Juez adopte este régimen.

Junto a estos presupuestos el juez debe valorar otra serie de criterios para imponer esta modalidad de guarda y custodia entre ellos la organización familiar post-divorcio, debe existir una posibilidad material de poder organizar la custodia en alternancia. Se debe intentar favorecer dicha modalidad cuando: que haya capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad, esto se podría entender y como la búsqueda de un entendimiento mínimo y mantener una corresponsabilidad; el mantenimiento de una proximidad de los domicilios de los padres que garantice la estabilidad del entorno del menor; la capacidad de los padres de mantener un modelo educativo común de manera que el tránsito de un hogar a otro sea imperceptible; la disponibilidad de los padres para mantener trato directo con los hijos en el período alterno correspondiente; y disponer de medios materiales suficientes para hacer frente a los gastos que se originan como consecuencia de la alternancia[21].

Sin embargo, existen supuestos en los que la guarda y custodia compartida se ve excluida, el art. 92. 7 CC excluye la custodia compartida alternativa cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos que convivan con ambos, asimismo 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.

[19]Los progenitores toman una decisión conjunta en el Convenio regulador y el juez lo aprueba salvo que sea dañoso para los menores.
[20]El Juez puede acordar la custodia compartida alternativa si las partes llegan a un acuerdo a lo largo del procedimiento o si su adopción resulta procedente de acuerdo con lo establecido en el art. 92. 8 CC.
[21] GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. "La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", InDret, Revista para el análisis del Derecho, núm. 2/2008, Pág. 8 y ss

2.4.3 Guarda y custodia distributiva

La custodia partida o distributiva, implica la separación de hermanos después de la ruptura familiar, es poco común y está bastante restringida en el Código Civil, que promueve mantener unida la familia y preservar la relación entre hermanos, considerada la relación más duradera. Aunque es posible según el art.92.2, el art.92.5 muestra su desaprobación al favorecer el ejercicio compartido de la custodia. Esta tendencia se ve reflejada en las normas autonómicas, que recomiendan evitar la separación de los de los hermanos salvo circunstancias excepcionales, como la dependencia de un hijo respecto a uno de los padres o una gran diferencia de edad entre hermanos.

2.4.4 Guarda atribuida a tercero no progenitor

La guarda atribuida a un tercero no progenitor es una opción se contempla en el art. 103 del Código Civil como una medida extraordinaria, cuando no sea posible otorgársela a los progenitores. En estos supuestos es común que la guarda y custodia sea confiada a los abuelos u otra persona distinta de los padres, siempre que existan unas circunstancias excepcionales que lo justifiquen, estas se deben evaluar caso por caso con criterios restrictivos. Siempre que la custodia se entregue a un tercero, debe ser en beneficio del menor.

Es relevante en esta materia el fallo de la SAP de Granada (Sección 5ª) de mayo de 2014, que destaca que la atribución de la custodia a una persona distinta de los padres debe considerarse como excepcional y necesaria para proteger el interés superior del niño, según lo establecido en el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se enfatiza que la decisión debe basarse en el bienestar del menor, sin comparar lo que simplemente los padres o terceros pueden ofrecerle, sino evaluando si las necesidades afectivas y materiales del menor pueden ser satisfechas de manera adecuada.

3. PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIONES DE RUPTURA CONVIVENCIAL DE LOS PROGENITORES: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

3.1 CONTENIDO

Cuando se produce una ruptura de la unión matrimonial con hijos menores a su cargo, el Juez deberá determinar la nueva forma de convivencia que los menores tendrán con sus

progenitores. En primer lugar, la guarda y custodia se puede atribuir de forma permanente a uno de los progenitores (guarda unilateral o exclusiva) o de manera alterna en periodos que se hayan prefijados por medio de convenio o judicialmente (guarda compartida o alterna). Asimismo, existe un tipo de guarda donde los menores se distribuyen entre los progenitores (guarda partida), asignando la custodia de algunos hijos a uno y de otros al otro progenitor, sin embargo, esto en la práctica no sucede casi nunca ya que el Código Civil intenta favorecer la no separación entre hermanos. En último lugar, en casos excepcionales se puede atribuir a terceros como abuelos, u otros familiares, cuando haya incapacidad o imposibilidad del ejercicio por parte de los progenitores.

GUILARTE MARTÍN-CALERO manifiesta que el desacuerdo entre los titulares de la patria potestad a la hora de decidir cómo organizar sus relaciones filiales post ruptura, constituye uno de los problemas principales en los pleitos que versan sobre la materia. El ordenamiento jurídico civil español otorga un margen de decisión a los padres que podrán decidir lo que consideren adecuado a su nueva situación, con la protección infranqueable del interés del menor por parte del juez, denegando la homologación de acuerdos dañosos (Art.90 CC)[22]. El legislador concede a los progenitores la interpretación del interés del menor en una primera instancia, siempre que haya acuerdo, pero ante la falta del mismo será el juez el que decida lo más adecuado para el interés del menor (Art.92 CC). En estas situaciones el juez deberá fundar su decisión en el derecho de los menores a relacionarse con su padre y con su madre , es decir, a que se mantenga el vínculo filial.

El interés del menor es considerado un principio general del Derecho o principio informador[23]. Es un principio rector en el Ordenamiento jurídico que se encuentra conectado con el orden público en el derecho de la persona o la familia, esto viene a decir que es de obligada observancia en el Ordenamiento jurídico español, en aquellos procedimientos en los que esté implicado un menor y debe ser considerado por todos los poderes públicos en todas las actuaciones relacionadas con menores, tanto administrativas como judiciales[24]. Este principio está relacionado con otros derechos de aplicación directa a los menores como es el caso del derecho a la no discriminación por razón de edad recogido en los art. 14 y 39.2 CE, concediendo a los menores todos los derechos que la Constitución instituye para todos.

[22] GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "la concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Pág. 19.
[23] GARCÍA MEDINA, Javier "El interés superior del menor. Contenido e interpretación", Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 426.
[24] STC de 1 de febrero de 2016 (RTC/2016/16)

El concepto de interés superior del menor en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015 se desglosa en tres dimensiones. Por un lado, se trata de un Derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, al adoptarse una medida que le concierna, se realice una evaluación exhaustiva de sus mejores intereses, asimismo, cuando existan otros intereses en juego, estos deben ser cuidadosamente ponderados al momento de llegar a una solución, asegurando siempre que se priorice el bienestar y desarrollo integral del menor. Por otro lado, se trata de un principio interpretativo, ya que en caso de ambigüedad a la hora de interpretar una disposición legal, se debe optar por la que más favorezca al menor. Por último, es una norma de procedimiento, que obliga a llevar a cabo un proceso con todas las garantías expuestas en dicha norma. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

En las situaciones de crisis matrimonial y familiar, los hijos menores son los más vulnerables, es por ello crucial que los jueces consideren su situación y prioricen su interés superior durante los procedimientos de divorcio o separación. En España, la legislación establece que el interés superior del menor siempre debe ser respetado en los supuestos de la atribución de guarda y custodia.

3.2 REGULACIÓN

Debido al protagonismo que se da actualmente al menor en la sociedad, se exige que dicha protección aparezca regulada tanto en el ordenamiento interno como en el ordenamiento internacional a través de Tratados y Convenios internacionales, en los que España sea partícipe y por tanto tengan eficacia directa en España. En España se recoge en la Constitución, en el art. 39 apartado segundo exponiendo que se debe asegurar por parte de los poderes públicos la protección integral de los hijos, ya que estos son iguales ante la ley. Con ello se pretende conseguir el establecimiento de un sistema público de protección de menores de carácter global y de ordenación coherente[25].

La protección jurídica del menor se regula en la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[25]BERROCAL LANZAROT, Ana, "La protección de los menores en situación de desamparo" en Revista crítica de Derecho Inmobiliario, nº764, 2017

En 2015 sufre dos modificaciones: a través de la LO 8/2025, de 22 de julio; y mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio. En el art.2 de dicha Ley se desarrolla en profundidad el alcance del "*interés superior del menor*". Se señala el interés superior del menor como primordial en todas las actuaciones judiciales o administrativas y se dice que esta primacía debe ser eficaz frente a cualquier otro. Asimismo, en el art. 2 de la LO 1/1996 se determinan los criterios generales de interpretación y aplicación del interés superior del menor y por último se recoge la consideración del debido respeto a las garantías del proceso, recalcando el derecho del menor a ser oído.

De igual manera, la Convención de Derechos del Niño, ratificada por España, establece que todas las acciones relacionadas con niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener en cuenta especialmente el interés del menor (art. 3.1). Además, los Estados partes deben garantizar que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo en casos excepcionales en los que las autoridades competentes, previa decisión judicial, determinen que dicha separación es necesaria para el interés del niño, de acuerdo con la ley y los procedimientos aplicables. En el mismo sentido se expresa en la Carta Europea de los Derechos del Niño en su art. 24[26].

3.3 DERECHO A SER OÍDO Y AUDIENCIA DEL MENOR

Este derecho se trata de una manifestación del principio del interés superior del menor. Dicho derecho tiene dos dimensiones, la primera de ellas es la dimensión positiva, que se refiere al derecho que tiene el menor de solicitar ser oído antes de que se tome cualquier decisión que le atañe; en segundo lugar, la dimensión negativa se refiere al derecho a no ser oído, es decir, a no declarar. Por ende, el menor es libre para decidir si decide ejercitar el derecho o no. Este derecho se extrae del art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, "*1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*"

[26] DE CASTRO MARTÍN, Rosa M.ª, "Interés superior del menor" 2011, Pág. 3

Se deberá determinar en qué supuestos se debe escuchar al menor, para ello se emplea el criterio de la suficiencia de juicio (capacidad natural del menor de entender y querer) y del cumplimiento de una determinada edad, establecida en 12 años (art.9.2 LO 1/1996) . El problema se encuentra en que el primer criterio es de carácter subjetivo y el segundo de carácter objetivo, por lo que el juez deberá entrar a valorar si dicho menor cuenta con la suficiente madurez como para determinar su opinión en cada caso.

En los casos en que el menor que tenga suficiente juicio solicite ser oído, se llevará a cabo la audiencia como regla general en tenor al art. 92.2 CC que exige expresamente al juez que vele por el derecho del menor a ser oído. Este derecho sólo podrá ser denegado mediante resolución motivada, cuando el juez haya considerado que la comparecencia del mismo es contraria a su interés, según los dispuesto en el art. 9.2 LOPJM.

Cuando el menor haya decidido declarar, se va a permitir que esta declaración sea a puerta cerrada, es decir, puede ser llamado a presencia judicial, con presencia del Ministerio Fiscal y los técnicos especialistas, pero sin la presencia de sus padres, garantizando así al menor el derecho a expresar su opinión libremente. La decisión que tome el menor se deberá tener en cuenta como factor de decisión por el órgano judicial, aunque no puede ser el factor determinante ya que el factor determinante es el interés superior del mismo[27].

4. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO

4.1 VIOLENCIA DOMÉSTICA

4.1.1 Concepto

La violencia doméstica abarca una serie de comportamientos que incluyen la violencia física, sexual, psicológica o económica, perpetrados dentro del ámbito familiar o del hogar, ya sea entre parejas actuales o anteriores, sin requerir que el agresor y la víctima compartan o hayan compartido residencia. Por tanto la existencia de un núcleo familiar en cuyo seno se produce el ejercicio habitual de la violencia no es un requisito del delito que tipifica dicho ejercicio, únicamente es una de sus posibilidades, debido a que es posible que esta familia ya sea ella extinguido o que la conducta se produzca entre quienes aún no son familia.

[27] GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios al nuevo art. 92 CC". Pág. 130-131.

Cabe señalar que este delito específico se sanciona independientemente de que los actos delictivos cometidos contra la víctima también pueden ser castigados por separado. Por ejemplo, si alguien golpea a un hermano diariamente, además del delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, las lesiones infligidas a la víctima serán sancionadas por separado, siempre que se demuestren.

Jurisprudencialmente se decía que el bien lesionado por dicho delito era la paz familiar[28], afirmando así que este delito supone, ante todo un atentado contra las relaciones familiares o contra algunos de los valores que comúnmente se asocian a dichas relaciones. Hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 14/1999 y posteriormente por la Ley Orgánica 11/2003 cabía calificar esta figura como delito de violencia habitual en el ámbito familiar, que evidenciaba el valor e importancia de la familia en nuestra sociedad, y asimismo estaba reconocido constitucionalmente en el artículo 32. Lo que caracteriza a este tipo penal es la reiteración de conductas de violencia física o psíquica que da lugar a un estado de agresión permanente basado en una relación de dominio y de poder proporcionada por el ámbito familiar o cuasi familiar que deja la víctima en una situación de indefensión. Es en este estado de agresión permanente donde se configura el injusto específico que desborda los resultados decisivos que cada acción individual pueda constituir y justifica su tipificación autónoma.

El artículo 173.2 del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; proporciona una definición detallada del delito, *"2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria*

[28] Línea que han seguido y ha sido confirmada por las más recientes sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, por ejemplo, la sentencia 580/2006 de 23 de mayo.

potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica".

En dicho artículo apreciamos que no es propiamente la institución familiar el bien jurídico que se pretende proteger, sin embargo, es cierto que la familia conforma una pequeña sociedad que propicia la existencia de relaciones de superioridad o de dependencia entre sus miembros, generando así situaciones de desequilibrio cuyo prevalimiento por alguno de ellos, en perjuicio de otro u otros, podría traducirse penalmente de diversos modos, dando lugar a delitos[29]. LAURENZO COPELLO afirma que la existencia de estas relaciones propicia muchas veces la ocasión para delinquir y ocultar el ilícito perpetrado, pudiendo por ello, constituir un marco privilegiado para el crimen[30].

4.1.2 Requisitos

Según lo establecido en el art. 173 del CP, para que se configure el delito de violencia doméstica, deben estar presentes los siguientes elementos:

En primer lugar, debe haber habitualidad, el propio artículo se encarga de aclarar que es la habitualidad atendiendo a las circunstancias de el número de actos de violencia que resulten acreditados, es decir, se debe dejar constancia de que dichos actos de violencia se han producido; y se atenderá a la proximidad temporal de los mismos, ya que se entiende que deben producirse con cierta continuidad. Es irrelevante para apreciar la habitualidad que los actos de violencia no hayan sido ejercidos siempre sobre la misma persona.

En segundo lugar, debe de haber violencia, es decir se debe ejercer cualquier tipo de violencia sobre la o las víctimas. La violencia puede ser tanto física, engloba cualquier maltrato físico y suele dejar signos visibles; como psicológica, incluyendo el acoso, las humillaciones, insultos, amenazas y actos de control, entre otros, es una violencia más sutil que incluso lleva a la víctima a creer que está exagerando ; sexual, cuando se ejerce violencia o poder sobre la víctima obligando a mantener relaciones o comportamientos sexuales de cualquier tipo no consentidos; y económica, tiene lugar cuando el agresor controla las posibilidades de independencia económica de la víctima, manteniéndola en una situación de inferioridad y dependencia.

[29] RAMÓN RIBAS, Eduardo "Violencia de género y violencia doméstica" 2008. Pág. 60

[30] COPELLO, Laurenzo "El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal". Pág. 94.

En tercer lugar, al tratarse de un delito especial, la comisión sólo se podrá apreciar cuanto la víctima y el agresor reúnan unas condiciones determinadas. En cuanto a la víctima, ésta debe formar parte del núcleo familiar o de convivencia del agresor, pudiendo estar unida a él o no por lazos de sangre, en concreto podrían ser víctimas: la pareja actual o antigua, la familia estrecha del agresor por naturaleza, adopción o afinidad, personas necesitadas de especial protección y convivientes con el agresor, cualquier persona que tenga una relación con el agresor por la que esté integrado en su núcleo de convivencia familiar, cualquier persona que reúna a las condiciones descritas pero se encuentra sometida a custodia o guardan centros públicos o privados. Por el contrario el agresor puede ser cualquier persona, independientemente de su sexo, que mantenga con la víctima alguna de las relaciones que detalla el artículo.

4.2 VIOLENCIA DE GÉNERO

4.2.1 Concepto. Diferenciación de la Violencia Doméstica

La violencia doméstica o habitual tiene un reducido espacio normativo en nuestro Código Penal, hallándose regulada entre los delitos contra la integridad moral, y más concretamente en el artículo 173.2, y se refiere a delitos perpetrados dentro del ámbito familiar o del hogar, ya sea entre parejas actuales o anteriores, sin requerir que el agresor y la víctima compartan o hayan compartido residencia. En este contexto aparece un nuevo concepto que debe distinguirse claramente del de violencia doméstica, introducido recientemente en nuestro ordenamiento penal por la ya referida Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. El artículo 1.3 de esta Ley expone el concepto de violencia de género "*comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*".

Pese a comprender todo acto de violencia física y psicológica, no todo acto de esta naturaleza se definirá como violencia de género, será preciso según lo dispuesto en el artículo 1.1 de dicha ley, que aquella violencia se ejerza sobre las mujeres, por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligadas a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre ellas. Con la entrada en vigor de esta ley se vieron modificados los arts. 83, 84 y 88 del Código Penal, refiriéndose expresamente desde

entonces a la violencia de género, disponiendo en materia de suspensión condicional de la pena y sustitución de esta, un régimen más severo si se tratase de delitos relacionados con ella.

Por tanto la violencia de género es aquella que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones de afectividad (parejas o ex-parejas). Este tipo de violencia se basa y se ejerce por la diferencia subjetiva entre los sexos, las mujeres sufren violencia por el mero hecho de ser mujeres[31].

4.2.2 Tipología

Existen siete tipos de violencia de género, cuyo objetivo es causar daños, coaccionar, limitar o manipular a la víctima por todos los medios a su alcance, podemos distinguir entre:

1. Violencia física: es la forma más evidente de violencia de género y la que comúnmente mencionamos al abordar este tema. Se define la violencia física como cualquier acto que cause daño físico a la víctima mediante una agresión directa, ya sea temporal o permanente.
2. Violencia psicológica: se trata de humillaciones y ataques psicológicos que llevan a las víctimas a sentirse derrotadas y desvalorizadas, cayendo en depresiones y estados de ansiedad. No es fácil detectar este tipo de violencia, ya que puede manifestarse de manera directa, a través de insultos o vejaciones, o de forma indirecta, mediante comportamientos cotidianos que desprecian a la pareja.
3. Violencia sexual: generalmente se acompaña de violencia física, pero se refiere específicamente a las situaciones en las que una persona es forzada o coaccionada a participar en actividades sexuales en contra de su voluntad. Esto no se limita a la violación y el abuso sexual sino que también incluye la mutilación genital femenina, la prostitución forzada, el acoso sexual y otras conductas similares.
4. Violencia económica: se suele reconocer y se basa en reducir los recursos económicos a la pareja o a la familia como medida de coacción o en impedir que tenga sus propios medios para mantenerse.
5. Violencia patrimonial: está relacionada con la anterior, y se trata de la usurpación o destrucción de objetos, bienes y propiedades de la persona víctima de violencia con intención de dominarla o producirle un daño psicológico.

[31]https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf

6. Violencia social: se busca mantener a una persona aislada de su familia, sus amigos e incluso en ocasiones del trabajo, y con la intención de causar un daño en la víctima, es útil pero permanente que va consumiendo a la víctima.
7. Violencia vicaria: mediante esta forma de violencia de género los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género son instrumentalizados como objeto para maltratar y ocasionar dolor a sus madres. La Ley Orgánica 1/2004, recoge que no solo la mujer es víctima de este tipo de violencia, también lo son sus hijos e hijas, utilizados por su maltratador para producir daño. Por tanto, y tal y como explica Sonia Vaccaro, la psicóloga clínica y forense que acuñó el término en 2012, se trata de una "*violencia desplazada*" ya que, aunque el fin último sea herir a la mujer, se está utilizando a sus hijos e hijas para ello.

4.3 NORMATIVA COMÚN

4.3.1 Normativa Internacional

En el marco internacional en destaca la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer AG ONU, 1993, donde se define la violencia de género como "*Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada*[32]". Asimismo, destaca la Convención sobre la eliminación de tgodas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) como mecanismo para promover la igualdad entre sexos.

4.3.2 Normativa Europea

En legislación europea, cabe destacar en la Web de EU-JUSTICE la legislación de la Unión Europea sobre Violencia de Género y el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011, conocido también como el Convenio de Estambul que establece una serie de propósitos para prevenir la violencia doméstica y de género, eliminar las discriminaciones y promocionar la igualdad entre hombres y mujeres y proporciona unas definiciones acerca de violencia doméstica y la violencia de género.

[32]Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer AG ONU, 1993

4.3.3 Normativa Estatal

4.3.3.1 Ley 27/2003, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

La orden de protección de víctimas de violencia doméstica, en tenor a lo expuesto en el artículo 544 ter de LECrim, es un instrumento legal destinado a proteger a las víctimas de violencia doméstica y/o violencia contra la mujer de cualquier tipo de agresión. Esta orden de protección se enfoca en una única e inmediata decisión judicial que implementa medidas de seguridad y protección de carácter penal y civil y activa a su vez los mecanismos de asistencia y protección social. El artículo mencionado se ve ampliado por el artículo 62 de la Ley Orgánica 1/2004, extendiendo esta protección también a las víctimas de violencia de género.

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

En esta Ley se establecen medidas de protección 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 tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia. Como hemos mencionado en el artículo 62 se exponen medidas de protección para las víctimas y en su artículo 65, se establece que "*el juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia… respecto de los menores que dependen de él".*

4.3.3.3 Código Penal

La violencia de género y doméstica también se contemplan dentro del Código Penal, se castigan delitos como el maltrato físico o psíquico a la mujer art.153 CP, el maltrato habitual al hombre o a la mujer (violencia doméstica) art. 173.2 CP. Igualmente tiene importancia el art 171.4 que regula las amenazas leves a una persona que sea o haya sido cónyuge o personal ligada a él por una relación análoga de afectividad y el 172.2, que regula el acoso y hostigamiento que sufren personas que sean o hayan sido su cónyuge o que estén o hayan estado ligadas a él por una relación análoga de afectividad.

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

Es una normativa que busca promover la igualdad real entre ambos géneros en todos los ámbitos de la sociedad, busca prevenir la discriminación, promocionar la igualdad, implementar medidas contra la violencia de género, garantizar el acceso de hombres y mujeres a la justicia en igualdad de condiciones, entre otras cosas.

4.3.3.5 Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual

Esta normativa busca fortalecer la protección de la libertad sexual, prevenir la violencia sexual y mejorar la respuesta institucional frente a estos delitos, garantizando así el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas en el ámbito sexual. Dicha normativa introduce modificaciones destacables sobre el título VIII del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

4.4 INFLUENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LA GUARDA Y CUSTODIA

A pesar de que la jurisprudencia de nuestros tribunales aboga por la guarda y custodia compartida como sistema habitual y preferible cuando los circunstancias particulares del caso lo permitan, el legislador ha establecido de manera explícita su inaplicación en situaciones de violencia, como es el caso de la violencia de género y doméstica.

El artículo 92.7 del Código Civil se encarga de recoger aquellos supuestos en los que no procederá la fijación de una guarda y custodia compartida: "*No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar 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 o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas*". De este precepto se puede extraer la conclusión de que no se atribuirá la custodia compartida al progenitor sobre el que exista un procedimiento por violencia de género o doméstica en curso y tampoco se le reconocerá la custodia compartida al progenitor si el juez tiene sus fechas fundadas de que ejerce violencia de género o doméstica.

Se debe partir de la premisa de que la guarda y custodia compartida es incompatible con la violencia de género o la violencia ejercida sobre los menores. Sin embargo, teniendo en cuenta esta consideración, la presencia de tal circunstancia no implica necesariamente la denegación automática de la custodia compartida. En su lugar, será necesario evaluar las circunstancias específicas de cada caso y tomar una decisión basada en el principio rector de esta materia "el interés del menor". Así pues, aunque nuestro ordenamiento jurídico es claro y taxativo, la evolución jurisprudencial ha atendido a flexibilizar los estrictos términos legales. En este sentido,

se ha interpretado que una mera denuncia no es suficiente para excluir la guarda compartida, ni siquiera para excluir la guarda individual a favor del progenitor denunciado.

5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

5.1 JURISPRUDENCIA RELEVANTE

5.1.1 Custodia Compartida

5.1.1.1 SAP 1462/2022 de 22/05/2023 Sección 10 Audiencia Provincial de Valencia. Violencia de género.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Torrent, que acuerda la guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad, fundamentando su resolución en el superior interés del menor. En su recurso, el Ministerio Fiscal invoca la infracción del artículo 92.7 del Código Civil, al obrar en autos una sentencia condenatoria que impide adoptar la custodia compartida que solicitan ambos progenitores a través de un convenio regulador. Argumenta la sentencia que la progenitora minimiza los hechos que dieron lugar a la condena penal, que se trata de un hecho de carácter leve, aislado, puntual, y único; tan alejado en el tiempo que no se ha vuelto a repetir.

La Sala de la Audiencia Provincial de Valencia se encuentra ante la tesitura de resolver si procede o no confirmar la sentencia de instancia que atendiendo al superior interés del menor (que no presenció el hecho), considera que es posible acordar la custodia compartida como sistema que de forma plena permite al menor disfrutar de ambos progenitores de la forma más parecida a la que existía anteriormente a la ruptura. Se confirma la sentencia de instancia que acordó homologar el acuerdo de las partes.

5.1.1.2 SAP 366/2024 de 06/03/2024 Audiencia Provincial Tarragona Sección 1, Violencia de género.

En primera instancia se atribuye a ambos progenitores la custodia compartida del hijo menor común, sin embargo, la madre interpone un recurso en el que objeta la custodia compartida y defiende la guarda exclusiva materna debido a que el progenitor había sido

condenado por un delito de violencia de género, sin embargo, esto no fue considerado ya que de mutuo acuerdo ambos al iniciar el procedimiento habían solicitado la guarda y custodia compartida y se consideró por el Tribunal que era el mejor modelo en tenor al interés superior del menor.

5.1.1.3 STS 1645/2023 de 27/09/2023 Tribunal Supremo Sala 1ª, Violencia de género.

Sentencia de la Audiencia Provincial en que se acuerda el cambio de custodia monoparental en favor de la madre, pactada en convenio regulador cuando el menor tenía 10 meses, a custodia compartida, al haber transcurrido 10 años desde entonces y haber cumplido el padre la condena por violencia de género, habiéndose cancelado los antecedentes penales. La madre interpone recurso de casación y solicita que se mantenga el régimen de custodia a favor de la madre alegando, entre otros extremos, que el padre había sido condenado por violencia de género y que las malas relaciones entre los progenitores hacen inviable el régimen de custodia compartida. El Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la doctrina contenida en varias sentencias anteriores, y ponderando el interés superior del menor, desestima el recurso y confirma la decisión de la Audiencia Provincial.

5.1.1.4 SAP 2349/2023 de 24/02/2023 Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Cádiz, Malos tratos habituales y Violencia Doméstica (habitual).

Se debate si procede acordar la custodia compartida de un menor de seis años, en un supuesto en el que el padre ha sido condenado por delito de malos tratos habituales (tipificado en el artículo 173.2 del Código Penal) y delito de amenazas (previsto en el artículo 171.4 y 5 del Código Penal), que no fue recurrida por el padre para comenzar a cumplir cuanto antes y acelerar la normalización de su relación con su hijo. En primera instancia, se concede la guarda y custodia exclusiva para la madre y en cuanto al régimen de visitas y comunicación a favor del padre se suspenden ya que se considera que no proceden. Finalmente el Tribunal concede un régimen de visitas y comunicaciones progresivo hasta los siete años, y guarda y custodia materna (el menor tiene 6 años de edad) y, a partir de los siete años, se impondrá la guarda y custodia compartida por ambos progenitores en base al interés superior del menor.

5.1.1.5 SAP 2367/2021 de 27/12/2021 Audiencia Provincial Granada Sección 5, Violencia de género.

En el procedimiento de divorcio en primera instancia, se establece la custodia monoparental paterna y la patria potestad de la hija menor de edad a ambos progenitores. Esta sentencia fué recurrida por la madre de la menor, que solicitaba la custodia materna exclusiva, alegando la violencia de género que había venido sufriendo durante los años de convivencia con el padre, esto se había omitido en la demanda y no consta que el padre se halle incurso en ningún procedimiento de violencia de género. Tras el análisis de numerosos informes y las circunstancias que se constatan en los mismos la conclusión que extrae el tribunal de dichos informes y de los datos apuntan claramente hacia la conveniencia para la menor de un régimen de custodia compartida, debido a que ambos progenitores se encuentran en facultades para ejercer el cuidado de la menor.

5.1.1.6 STS 404/2022 de 18/05/2022 Sala de lo Civil, Violencia de género.

Cuando los progenitores se separaron, la hija tenía dos años y el padre había sido acusado de violencia sobre la mujer, delito del que posteriormente fue absuelto. Ahora la niña ha cumplido nueve años. En su día se acordó la custodia monoparental materna pero ahora el juzgado concede la custodia compartida que, finalmente, el Tribunal Supremo confirma. La sentencia indica que la custodia compartida, si no se cuestiona la idoneidad del progenitor, es una medida deseable para favorecer la integración afectiva, evitar los sentimientos de pérdida y estimular la cooperación de los padres.

5.1.1.7 SAP 1240/2023 de 27/11/2023 Audiencia Provincial Castellón de la Plana/Castelló de la Plana Sección 4, Violencia de género delito de amenazas.

En primera instancia se fija un régimen de guarda y custodia exclusiva para la madre, una vez notificada dicha Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación solicitando que se interpusiera un régimen de custodia compartida. Había constancia de la existencia de una condena penal por un delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género cuya pena ya fué cumplida. Tras analizar la situación se consideró que lo más beneficioso para la menor era optar por la custodia compartida, sin embargo al existir problemas de alcohol por parte del progenitor, se adoptó el régimen de custodia exclusiva a favor de la madre, esto se revisará a los tres meses y si la situación es favorable se impondrá la custodia compartida.

5.1.1.8 SAP 1194/2023 de 24/02/2023 Audiencia Provincial de Valencia, Violencia de género.

Los progenitores presentan para su aprobación en el divorcio un convenio regulador en el que acuerdan la custodia compartida del hijo. En paralelo se estaba tramitando proceso penal contra el padre, denunciado por violencia de género. El Juzgado aprueba el convenio presentado por las partes, con la salvedad de que, si la sentencia penal llega a ser condenatoria, la entrega y recogida del menor sea realizada por una tercera persona de confianza.

Finalmente, el padre es condenado y el ministerio Fiscal recurre para que se elimine el pacto de custodia compartida. Los progenitores sostienen en todo momento en el recurso la firmeza de su decisión de que la custodia del hijo común sea compartida. La propia madre alega el carácter leve, aislado, puntual y único del incidente denunciado (agarrón y daño en el teléfono móvil cuando no estaba presente el niño). El informe psicosocial señala que el progenitor no presenta indicador desfavorable alguno para el desempeño de su rol parental, y que se encuentra en el nivel bajo de agresividad. La Audiencia Provincial de Valencia desestima el recurso del Ministerio Fiscal y acuerda la custodia compartida en base a las "sospechas de inconstitucionalidad" del artículo 92.7, las circunstancias concurrentes y porque este sistema permite al menor disfrutar de ambos progenitores de una forma parecida a como lo hacía antes de la ruptura conyugal.

5.1.2 Guarda exclusiva a la madre

5.1.2.1 STS 3402/2022 de 26/09/2022 Tribunal Supremo Sala de lo Civil Madrid, Violencia de género, maltrato y amenazas a la madre con agravante de reincidencia.

Se atribuye la guarda y custodia exclusiva a la madre, pese a en un principio haber sido concedida la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, esto se debe a que el padre fue condenado por delitos de maltrato y amenazas leves en el ámbito de la violencia de género hacia la madre, el progenitor masculino había sido anteriormente condenado por los mismos hechos delictivos hacia la madre. En primera instancia se concede al progenitor un régimen de visitas una vez salga del centro penitenciario, sin embargo, en casación se falla a favor de anular dicho régimen de visitas debido al desinterés de dicho progenitor en la menor, su reiteración en conductas de violencia de género y su patología psiquiátrica, y en especial atendiendo al interés superior del menor.

5.1.2.2 SAP 2641/2024 de 29/02/2024 Audiencia Provincial Barcelona Sección 12, Violencia de género, coacciones, amenazas y vejaciones.

Se impone que la guarda y custodia será ejercida exclusivamente por la madre y se modifica también el régimen de visitas que se había impuesto al padre, éste se hallaba incurso en un procedimiento de violencia de género por coacciones, amenazas y un delito leve continuado de vejaciones injustas. Por ello, teniendo en cuenta el interés superior del menor se impone la guarda exclusiva en favor de la madre.

5.1.2.3 STS 1580/2024 de 14/03/2024 Sala de lo Civil Madrid Sección 1, Violencia doméstica abusos sexuales leves a la hija común.

En primera instancia se atribuyó a la madre la guarda y custodia de los hijos menores, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores, sin embargo, no se estableció el régimen de visitas para ninguno de los tres menores, ya que dos de ellos se consideró que por su edad podrían realizar las visitas si consideraban, por lo que se recurrió en segunda instancia que no se fijase el régimen de visitas del menor de los hermanos. En segunda instancia se decidió cancelar el régimen de visitas para el menor de los hermanos, ya que los otros dos tenían edad para decidir el suyo propio, considerando que perjudicaba al bienestar del menor ya que el contacto paterno le generaba aversión a él y al resto de los menores, debido al episodio de abusos sexuales leves a una de las hijas.

5.1.2.4 SAP 249/2024 de 21/02/2024 Audiencia Provincial Valencia Sección 10, Violencia doméstica.

En primera instancia se opta por atribuir a la madre la custodia individual de los dos hijos menores sin régimen de visitas debido a que tenía una orden de alejamiento hacia los hijos, el principal fundamento, aunque no el único, de la custodia materna, era la existencia de un procedimiento penal seguido contra el padre por presunto delito de violencia doméstica. Dicha sentencia es apelada y el progenitor en su recurso insta a que se establezca una custodia compartida, argumentando que ese obstáculo legal ha desaparecido con posterioridad al dictado de la sentencia, a consecuencia del sobreseimiento del procedimiento penal. se considera que en este caso la custodia compartida resulta inadecuada y no se ajusta al interés de los hijos, siendo la custodia materna, la modalidad más beneficiosa para los menores, debido a que en los informes se manifestó que la inseguridad de los hijos en ver a su padre no se debía a que no lo hubieran

visto durante algunos meses a consecuencia de la orden de alejamiento, sino a la relación ambivalente que experimentan hacia él (referían malos tratos y al mismo tiempo tenían relación afectiva).

Aunque el procedimiento penal fuera finalmente sobreseído, existen indicios de comportamientos inadecuados del padre hacia los hijos (violencia física y verbal). En cuanto al régimen de visitas compaginando la necesidad de restablecer la relación paterno filial suspendida durante la tramitación del procedimiento penal con la debida salvaguarda de la seguridad e integridad física y emocional de ambos menores, resulta procedente establecer un régimen de visitas progresivo.

5.1.2.5 SAP 110/2024 de 26/02/2024 Audiencia Provincial Soria Sección 1, Violencia de género.

En primera instancia se dictó sentencia acordando que la guarda y custodia del menor se atribuye a la madre y sin establecer ningún régimen de visitas y comunicación del hijo menor con su padre. Se recurrió en apelación por el padre el régimen de visitas y comunicación con el hijo menor. El Tribunal alegando que el progenitor actualmente se encuentra en prisión por la comisión de delitos de lesiones agravadas y fue condenado (entre otras causas penales) por delito de violencia contra la mujer, hacia madre del hijo común, figurando una condena de alejamiento y prohibición de comunicación con ella tanto directamente como por vía de terceros como sería el hijo, considera que no es prudente ni recomendable admitir la comunicación del apelante con su hijo por ningún medio, sea electrónico, telefónico, telemático o correo postal, como solicita el recurso, pues existe el riesgo evidente de que manipule al niño o le perjudique psicológicamente; y en todo caso tales comunicaciones no serían en beneficio del menor.

5.1.2.6 SAP 75/2024 de 21/02/2024 Audiencia Provincial Málaga Sección 6, Violencia de género.

Se atribuye la guarda y custodia de la menor a la madre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores, y se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio. Este recurre la decisión por no estar de acuerdo con la guarda y custodia, solicitando la custodia compartida. Debido a que el progenitor, se encuentra incurso en procedimiento penal por violencia de género contra la progenitora custodia, y que ha quedado demostrado que es más beneficioso para la menor la custodia materna ya que ella misma (con edad de 14 años) ha

mostrado su conformidad con dicho régimen, el tribunal falla confirmando la atribución a la madre la guarda y custodia de la menor.

5.1.2.7 SAP 2881/2022 de 13/12/2022 Audiencia Provincial Bilbao Sección 4, Violencia de género lesiones.

En primera instancia se otorga la atribución a la madre de la guarda del menor. Asimismo, se le atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad en tanto no se extinga la responsabilidad penal del demandante a fin de facilitar la toma de decisiones del menor y no ha lugar a fijar un régimen de visitas y comunicación del padre con el menor, esto se debe a la condena de 14 meses por un delito de lesiones (violencia de género) hacía la madre. La decisión fue recurrida en segunda instancia por el progenitor, ante lo que el tribunal falló confirmando la atribución a la madre de la guarda del menor, ejercitándose conjuntamente por ambos progenitores la patria potestad y en cuanto a las visitas estas tendrán lugar en el modo que acuerden ambos progenitores.

5.1.2.8 SAP 121/2024 de 10/01/2024 Audiencia Provincial Lugo Sección 1, Violencia de género.

En primera instancia se atribuye la guarda y custodia del hijo menor común a la madre , permaneciendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores. No se establece régimen de visitas en favor del padre respecto de su hijo menor quedando en suspenso y supeditado al procedimiento de violencia de género. Se formuló recurso de apelación por el progenitor contra la sentencia de instancia interesando su revocación parcial en relación al régimen de visitas, sin embargo, se desestimó su pretensión.

5.1.2.9 SAP 2773/2022 de 29/12/2022 Audiencia Provincial Cádiz Sección 5, Violencia de género y Violencia doméstica.

Se atribuye la guarda y custodia del menor a la madre siendo la patria potestad compartida, en primera instancia. Posteriormente se recurre por la madre dicha sentencia solicitando la suspensión del régimen de visitas, teniendo en consideración la condena por delito de violencia de género dictada frente al apelado y existencia de su procesamiento posterior por presunto delito de abuso sexual, violencia de género y maltrato en el ámbito familiar, así como la circunstancia de consumo de drogas tóxicas y abuso de alcohol. Tras la revisión de la sentencia se estima

conveniente, para el supremo interés del menor, reanudar las visitas padre e hijo a la mayor brevedad posible y conservar la custodia materna.

5.1.2.10 SAP 419/2022 de 09/12/2022 Audiencia Provincial Oviedo Sección 5, Violencia de género, abusos sexuales.

En 2017 en el procedimiento de divorcio el menor quedaba bajo la guarda y custodia materna, disponiéndose un amplio régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. Dicho menor posee una hermana de distintos padres que relató que había sido agredida sexualmente por el padre del su hermano (Don Sebastián). Narró que tras la ruptura de la convivencia acompañaba a su hermano en las visitas con pernocta con su progenitor, y que el progenitor la obligaba a dormir en la misma habitación que él y su hijo y que el progenitor (Don Sebastián) inició la práctica de tocamientos en sus partes íntimas, hasta que, finalmente, la penetró. Tras estos hechos el Tribunal consideró que lo más beneficioso para el menor era la no suspensión de las comunicaciones y visitas, ya que él no era el que habría sufrido esos episodios y se entiende que tiene una buena relación con el padre, que no entraña ningún peligro.

5.1.2.11 SAP 634/2022 de 02/12/2022 Audiencia Provincial Sevilla Sección 2, Violencia de género.

Se concede la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor, debiendo ser la patria potestad compartida entre ambos progenitores. Así mismo se acuerda el establecimiento, a favor del padre de un régimen de visitas a través del Punto de Encuentro familiar. Esta sentencia fué apelada en segunda instancia, solicitando la suspensión del régimen de visitas por violencia de género, sin embargo, el tribunal confirmó la sentencia de primera instancia, Otorgando a la madre la guarda y custodia del hijo menor y dando al progenitor no custodio un régimen de visitas bajo supervisión.

5.1.2.12 SAP 669/2023 de 21/12/2023 Audiencia Provincial Barcelona Sección 12, Violencia doméstica.

Se pacta atribuir la guarda y custodia de los menores Vanesa y Ismael a la progenitora, siendo la patria potestad compartida entre los progenitores y se fija un régimen de visitas supervisadas a favor del progenitor no custodio al hallarse esté incurso en un procedimiento de violencia doméstica. El progenitor no custodio fué absuelto de un delito por violencia doméstica

y por ello solicitó la guarda y custodia para él, sin embargo se impuso la guarda y custodia compartida por el tribunal. Finalmente se volvió al régimen de custodia exclusiva a favor de la madre, debido a que se consideraba el mejor régimen para los menores.

5.1.3 Guarda exclusiva al padre

5.1.3.1 SAP 520/2022 de 30/06/ 2022 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa Violencia de género y amenazas Leves.

Resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de San Sebastián, que atribuye al padre la guarda y custodia de su hija menor de edad. La madre formula recurso de apelación invocando, entre otros motivos, que el informe psicosocial recomendaba que se acordarse la guarda y custodia exclusiva para la madre. La Audiencia Provincial desestima el recurso de la madre, confirmando la sentencia de instancia, argumentando que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de valoración conjunta de la prueba, de manera que la prueba documental, testifical y pericial no pueden ser valoradas o interpretadas aisladamente (en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo nº 681 de 15 de diciembre de 2020 y las que se citan en la misma). En lo que respecta al procedimiento seguido contra el padre por un delito de violencia de género, dice la sentencia de la Audiencia que no cabe invocar la aplicación del Código Civil porque la norma aplicable en ese territorio es la Ley 7/2015, de 30 de junio. Además, no parece inferirse una peligrosidad relevante del padre ni una limitación en sus capacidades parentales; se trata de un episodio puntual en una relación de 25 años de duración en un contexto de crisis conyugal y que ha sido calificado provisionalmente como delito de amenazas "leves".

5.1.3.2 SAP 529/2022 de 18/11/2022 Audiencia Provincial Logroño Sección 1, Violencia doméstica hacía la menor.

En un primer momento se atribuyó la custodia exclusiva a la madre. Sin embargo, el progenitor masculino al que se le atribuyó un régimen de visitas, advirtió en las mismas que la menor presentaba contusiones y la misma alegó que su madre le agredía e insultaba habitualmente. Asimismo, se encontraron pruebas en las que la madre le decía a la niña que debía explicar que esas lesiones se las había producido el padre. La menor declaró que se sentía insegura con la madre y que prefería estar con el padre. Finalmente se acuerda la suspensión provisional de la guarda y custodia de la madre por haber indicios de comisión de un delito de maltrato sobre la

menor del artículo 173.2. del Código Penal, y se fija un régimen de visitas a la menor en el Punto de Encuentro Familiar con supervisión, se otorga la custodia al padre.

5.1.3.3 SAP 4121/2023 de 05/12/2023 Audiencia Provincial Sede: Málaga Sección 6, Violencia de género ejercida por la nueva pareja de la madre.

La guarda y custodia se otorga a la madre y en cuanto al régimen de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodio- el padre- en relación con la hija menor, debe establecerse un amplio y flexible régimen. La hija de 12 años (en 2019) denunció a la pareja de la madre por los malos tratos que infiere a su madre en el domicilio familiar en el que todos conviven. Este hecho provoca que se suscriba entre los progenitores un convenio regulador, aprobado por sentencia, en el que de mutuo acuerdo se pacta que la menor convivirá con los progenitores en régimen de guarda y custodia compartida. Al año siguiente la madre interpuso demanda de modificación de medidas a fin de que se atribuya a la misma la guarda y custodia exclusiva de la menor y debido a los deseos de la menor fué concedida. Frente está sentencia interpone recurso de apelación el demandado que solicita, como pretensión principal, que se desestime la demanda y se mantenga el sistema de guarda y custodia compartida, al quedar acreditado que la pareja de la madre ejerce violencia física contra la misma en el domicilio familiar en presencia de la menor, la menor también manifestó el deseo de no vivir con su madre ya que experimenta habitualmente episodios de violencia, ante esto, el tribunal considera que la única medida que beneficia a la menor es atribuir la guarda y custodia de la menor en exclusiva al padre, no el régimen compartido.

5.1.4 Guarda atribuida a un tercero

5.1.4.1 STS 984/2023 de 20/06/2023 Violencia de género y abusos sexuales a menores.

Cuando se estaba determinando el régimen de guarda y custodia había un procedimiento iniciado contra el padre por violencia por abusos sexuales a menores se da custodia exclusiva madre, hasta la conclusión de las diligencias penales abiertas. Posteriormente se opta por otorgar a la custodia al progenitor masculino, debido a que el progenitor femenino se dedicaba a obstaculizar las visitas del otro progenitor e intentaba victimizar a la menor alegando que sufría abusos sexuales por parte del padre, sometiéndola a diferentes exámenes y valoraciones médicas y psicológicas, afectando así a su equilibrio mental veracidad y verosimilitud.

Además, la progenitora tenía un procedimiento abierto por desobediencia y otro por sustracción de menores, encontrandose esta y la menor desaparecidas (la madre en búsqueda y captura). Tras analizar la situación, no es viable la atribución de la guarda y custodia a ninguno de los progenitores ya que al progenitor masculino se le solicitaban hasta cinco años de prisión y ruptura de las comunicaciones y la progenitora también demostró que no estaba capacitada para ejercer la guarda y custodia debido a su dedicación a obstaculizar las comunicaciones con la familia paterna y la aversión que se tienen ambas partes. Teniendo en cuenta el interés superior del menor se concluye que la guarda y custodia debía ser otorgada a la tía de la menor.

5.2 LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA AUTOMÁTICA

La Sala Primera del Tribunal Supremo, mediante Auto de fecha 11 de enero del 2023, acuerda plantear al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 92.7 del CC, al considerar que el precepto no permite que los Jueces puedan valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito. Ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos menores. Ni contempla su carácter doloso o culposo. Ni las concretas circunstancias concurrentes que puedan exigir un específico tratamiento individualizado, operando con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna.

El TS considera que esta norma veda la opción de acordar una custodia compartida de manera automática, sin la posibilidad de que entre en juego el principio de proporcionalidad y el interés superior del menor. Puesto que en tenor a lo dispuesto en este artículo basta con que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, aunque todavía no esté enjuiciado, para que se proceda a la denegación de la custodia compartida, pese a ser considerada esta la más beneficiosa para el menor, ya que mantiene el contacto con ambos progenitores. El Alto Tribunal hace un análisis exhaustivo del art. 92.7 del CC y considera que podría colisionar con diversos artículos de la Constitución Española, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la Convención de los Derechos del Niño y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por todo ello plantea la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que podría colisionar con el interés superior del menor consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en los convenios internacionales suscritos por España, afectando de forma negativa al libre

desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución Española, al no contemplar todo el haz de circunstancias posibles y suponer una injerencia no debidamente justificada en el derecho a la vida privada del artículo 8 del CEDH.

El art. 92.7 del CC no permite valorar el interés del menor, considerado como superior, primordial, bien constitucional y de orden público y norma de derecho imperativo, colisionando además con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores.

La Sala Primera considera que caben otras medidas alternativas a la denegación automática de la custodia compartida, menos restrictivas y proporcionadas con el interés superior del menor. Como es el prudente arbitrio judicial, para evitar situaciones como las que el precepto quiere prevenir, siendo desproporcionada la norma, al no permitir que entre en juego el principio del interés superior del menor y no contemplando excepciones a su régimen imperativo[33].

5.3 ANÁLISIS

Tras llevar a cabo el análisis de 25 sentencias, donde se muestra la incidencia de la violencia de género y doméstica en los procedimientos de guarda y custodia, en los últimos cuatro años (desde 2021 hasta 2024), podemos deducir varias consecuencias. Como hemos podido observar el hecho de que haya violencia de género o doméstica en estos procedimientos no significa que automáticamente se deniegue la posibilidad de la guarda y custodia compartida, pese a que se esté dentro de los supuestos que recoge el artículo 92.7 del Código Civil, ya que este artículo expone que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores se haya incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o la libertad de indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, asimismo, se expone que tampoco procederá cuando el Juez advierta que haya indicios fundados de violencia doméstica o de género. Asimismo, del análisis de estos casos extraemos que hay más supuestos donde tiene lugar la violencia de género que la violencia doméstica, está tiene lugar en menos ocasiones.

[33] Rey, A. L. (2023, abril 4). Denegación de la custodia compartida por una denuncia de violencia. Vento - Abogados & Asesores. https://vento.es/denegacion-de-la-custodia-compartida-denuncia/

Como bien hemos apreciado la presencia de tal circunstancia no implica necesariamente la denegación automática de la custodia compartida. En su lugar, será necesario evaluar las circunstancias específicas de cada caso y tomar una decisión basada en el principio rector de esta materia "el interés superior del menor". Igualmente, existe un debate acerca de si es inconstitucional la denegación automática de la custodia compartida en base a este artículo, ya que siempre que se pueda es considerado como el mejor régimen para los menores.

La consecuencia mayoritaria que extraemos de cuando se lleve a cabo un procedimiento de divorcio donde exista violencia de género o doméstica, es que en la mayoría de ocasiones se va a atribuir la custodia exclusiva a la madre, en cuanto a la patria potestad dependiendo del caso siguen ostentando la titularidad ambos progenitores o sólo la ostenta el progenitor custodio para así facilitar la toma de decisiones. Hay casos en los que sí que se va ser favorable al establecimiento de un régimen de comunicaciones y visitas en favor el progenitor no custodio, pese a que este se encuentre condenado o incurso en un procedimiento por un delito de violencia de género o doméstica, ya que es causa de suspensión de las mismas. Sin embargo, los tribunales entienden que si dichas comunicaciones o visitas no entrañan ningún riesgo para dicho menor y hay buena relación entre ellos, esto sería una manera de mantener el vínculo.

Aunque lo más común sea la atribución a la madre de la custodia exclusiva, hemos visto numerosos casos donde se ha seguido optando por la custodia compartida. Este régimen se considera el más adecuado para los menores por la mayor parte la doctrina, ya que de esta manera se mantiene el contacto con ambos progenitores, pero para que tenga lugar normalmente es necesario que haya una buena relación entre los mismos o simplemente una relación normal, ya que si existe mala relación probablemente el menor sea perjudicado o sea utilizado como el medio de comunicación de reproches de una parte a la otra, ejemplo de esa buena relación, serían aquellos casos donde se ha pactado mediante convenio regulador la custodia compartida. Se ha optado por la custodia compartida en aquellos casos en que los dos progenitores eran considerados como capaces de ser responsables del cuidado de los mismos y se consideraba que era lo mejor atendiendo al interés superior del menor.

Existe algún caso, aunque son minoritarios, donde se ha atribuido la guarda y custodia al padre, esto ha sucedido en casos en que o bien los indicios o hechos de violencia (doméstica o de género) eran considerados infundados o no eran relevantes para el caso, o vienen los casos en que el menor hubiese sufrido violencia doméstica por parte de la madre. En estos supuestos se ha considerado en tenor al interés del menor que lo mejor para él mismo era la guarda paterna.

Por último, en casos extremos y cuando las circunstancias lo aconsejen, la guarda puede ser atribuida exclusivamente a un tercero, en estas sentencias hemos visto un caso donde finalmente tras descartar la custodia compartida de ambos progenitores y la custodia exclusiva para cualquiera de los dos progenitores, se optó porque lo más beneficioso para el menor era que su guarda y custodia fuese otorgada a su tía, ya que ninguno de sus progenitores era capaz de hacerse cargo de la menor.

6. CONCLUSIONES

El análisis de la incidencia de la violencia de género y doméstica en la atribución de la guarda y custodia de los menores desde una perspectiva jurisprudencial revela una serie de hallazgos cruciales que reflejan la evolución y la actualidad de la práctica judicial en este ámbito.

En primer lugar, se destaca el impacto determinante que la violencia de género y doméstica ejerce sobre las decisiones judiciales relativas a la guarda y custodia. Los tribunales han adoptado una postura cada vez más protectora, reconociendo la importancia de salvaguardar el bienestar de los menores, en base al principio del interés superior del menor. Esta postura se basa en la comprensión de que la exposición a situaciones de violencia tiene consecuencias profundamente negativas en el desarrollo de los niños, afectando su estabilidad emocional y su capacidad para establecer relaciones saludables en el futuro.

La evolución jurisprudencial en este campo muestra un avance significativo hacia una mayor sensibilización y reconocimiento de la gravedad de la violencia de género y doméstica. Los tribunales han pasado de una interpretación más laxa y formalista a una que prioriza la protección integral de las víctimas, especialmente de los menores. Esta evolución se refleja en la adopción de medidas más estrictas y específicas para garantizar la seguridad y el bienestar de los niños, como la suspensión de regímenes de visitas y la atribución exclusiva de la custodia al progenitor no violento.

El principio del interés superior del menor se mantiene como el pilar fundamental en la toma de decisiones judiciales sobre la guarda y custodia. Este principio guía a los tribunales a considerar todos los factores relevantes para asegurar un entorno seguro, estable y propicio para

el desarrollo del menor. En este contexto, la violencia de género y doméstica se convierte en un factor decisivo, ya que cualquier forma de violencia compromete directamente el bienestar y la seguridad de los niños. Sin embargo, como hemos podido observar en base a este principio no siempre se va adoptar la privación automática de la guarda para el progenitor acusado de violencia de género o doméstica o que en un pasado estuvo condenado, además es discutido por parte de la doctrina si esto es inconstitucional.

En los casos que exista violencia de género y doméstica en los procedimientos de guarda y custodia de menores, como hemos mencionado sí que se valora la existencia de la violencia, pero no es el único factor determinante para decidir la guarda y custodia de los menores, se va a entrar a valorar por el Tribunal el caso concreto y las circunstancias de cada progenitor y del menor y teniendo en cuenta todo ello, se va a decidir qué forma de custodia es la mejor para dicho menor. La doctrina entiende que el régimen más beneficioso de guarda y custodia es la custodia compartida por ello siempre que se pueda se va a intentar instaurar y cuando este no se pueda instaurar se optará por la guarda exclusiva o bien para alguno de los progenitores o bien para un tercero, en casos donde sea imposible que la ejerza ninguno de los progenitores.

Igualmente cobra importancia la adopción de medidas cautelares por parte de los tribunales para proteger a las víctimas durante el proceso judicial es otro aspecto crucial. Las órdenes de alejamiento, la suspensión del régimen de visitas y otras medidas similares son herramientas fundamentales para evitar que los menores y el progenitor no violento continúen expuestos a situaciones de riesgo. Estas medidas reflejan una comprensión más profunda de la dinámica de la violencia y su impacto prolongado en las víctimas.

No obstante, a pesar de los avances significativos, persisten desafíos importantes en la implementación efectiva de las medidas protectoras. La formación continua y especializada de jueces, abogados y otros profesionales involucrados es esencial para asegurar una comprensión adecuada de la violencia de género y doméstica y su impacto. Además, la coordinación entre diferentes entidades y organismos, como servicios sociales, cuerpos de seguridad y organizaciones de apoyo a víctimas, es crucial para proporcionar una respuesta integral y coherente.

La colaboración interdisciplinaria emerge como una necesidad imperiosa para abordar de manera efectiva los casos de violencia de género y doméstica. La integración de perspectivas y conocimientos de diferentes disciplinas, como el derecho, la psicología y el trabajo social, permite una evaluación más completa y precisa de las circunstancias de cada caso. Esta colaboración

facilita la adopción de decisiones más informadas y ajustadas a las necesidades específicas de las víctimas, contribuyendo a un sistema de justicia más justo y efectivo.

En conclusión, la incidencia de la violencia de género y doméstica en la atribución de la guarda y custodia es un tema complejo y multifacético que requiere una atención constante y un enfoque multidisciplinario. La evolución de la jurisprudencia ha mostrado avances significativos en la protección de los menores y las víctimas, pero es fundamental seguir mejorando las prácticas judiciales y la cooperación institucional para garantizar un entorno seguro y saludable para todos los involucrados. La continua sensibilización, formación y colaboración entre todos los actores implicados es clave para avanzar hacia una justicia más protectora y eficaz.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Amnesty.org. (s.f.). ¿Qué es la violencia vicaria? Recuperado el 5 de junio de 2024, de https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/que-es-la-violencia-vicaria/

2. BERROCAL LANZAROT, Ana. "La protección de los menores en situación de desamparo" en Revista crítica de Derecho Inmobiliario, nº764, 2017

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

4. 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

5. Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos. (s.f.). Poderjudicial.es. Recuperado el 5 de junio de 2024, de https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

6. COPELLO, Laurenzo. "El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal".

7. Council of Europe. (2005). Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. Coe.int. https://rm.coe.int/168008482e

8. Cuevas, S. G.-M. (2022, 24 de marzo). Violencia de género y custodia compartida. Gonzalez Moncayo Abogado en Albacete. https://www.gonzalezmoncayoabogado.com/violencia-de-genero-y-custodia-compartida/

9. DE CASTRO MARTÍN, Rosa Mª. "Interés superior del menor" 2011.

10. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer AG ONU, 1993

11. Exposición de motivos de la Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864

12. GARCÍA MEDINA, Javier. "El interés superior del menor. Contenido e interpretación", Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 426

13. Gómez, P. (2022, 16 de noviembre). Los 7 tipos de violencia de género. iFIS Educación. https://www.ifiseducacion.com/blog/los-7-tipos-de-violencia-de-genero/

14. Guerra, R. F. (2009). Seguridad y calidad alimentaria en productos cárnicos. *Revista Boliviana de Derecho*, (22), 1-20. http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n22/n22_a01.pdf

15.GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “Comentarios al nuevo art. 92 CC”.

16. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, pág 19.

17. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, núm. 2/2008.

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.

19.Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades. (n.d.). *Definición de violencia de género*. Ministerio de Igualdad. https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf

20. Jurídicas, N. (2014, 9 de septiembre). El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Noticias Jurídicas. https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/

21. Kernel Legal. (2021, 22 de abril). El Supremo declara incompatibles custodia compartida y violencia doméstica. Kernel Legal Abogados. https://www.kernellegal.com/custodia-compartida-violencia-domestica-sentencia-supremo/

22. La custodia compartida en casos de violencia de género o sobre los menores. (s.f.). Iberley. Recuperado el 5 de junio de 2024, de https://www.iberley.es/temas/custodia-compartida-casos-violencia-genero-sobre-menores-64981

23. Law, C. (2023, 19 de enero). ¿Qué ocurre con la custodia de los menores en casos de violencia de género? Crespo Law Abogadas de Familia. https://www.crespolaw.es/blog/custodia-menores-violencia-genero/

24. Ley 2/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760

25. Ley 20/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115

26. Ley 32/2003, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-15411

27. Ley 39/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444

28. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630

29. MARTINEZ CALVO, Javier. "La guarda y custodia". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

30. MARTINEZ CALVO, Javier. "La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español" 2018. Universidad de Zaragoza

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

32. Normativa. (2023, 6 de noviembre). Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género; Ministerio de Igualdad. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoNormativo/home.htm

33. RAMÓN RIBAS, Eduardo. "Violencia de género y violencia doméstica" 2008.

34. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE nº 206, de 25 de julio de 1889. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763

35. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia..."

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

37. Rey, A. L. (2023, 4 de abril). Denegación de la custodia compartida por una denuncia de violencia. Vento - Abogados & Asesores. https://vento.es/denegacion-de-la-custodia-compartida-denuncia/

38. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocio. "Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales", Dykinson, Madrid, 2018.

8. JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencias de la Audiencia Provincial

SAP 121/2024, de 10 de enero de 2024.

SAP 366/2024, de 6 de marzo de 2024.

SAP 2349/2023, de 24 de febrero de 2023.

SAP 2367/2021, de 27 de diciembre de 2021.

SAP 2641/2024, de 29 de febrero de 2024.

SAP 249/2024, de 21 de febrero de 2024.

SAP 110/2024, de 26 de febrero de 2024.

SAP 75/2024, de 21 de febrero de 2024.

SAP 2881/2022, de 13 de diciembre de 2022.

SAP 121/2024, de 10 de enero de 2024.

SAP 520/2022, de 30 de junio de 2022.

SAP 1240/2023, de 27 de noviembre de 2023.

SAP 4121/2023, de 5 de diciembre de 2023.

SAP 2773/2022, de 29 de diciembre de 2022.

SAP 419/2022, de 9 de diciembre de 2022.

SAP 634/2022, de 2 de diciembre de 2022.

SAP 1194/2023, de 24 de febrero de 2023.

SAP 669/2023, de 21 de diciembre de 2023.

Sentencias del Tribunal Supremo

STS 1645/2023 de 27/09/2023

STS 3402/2022 de 26/09/2022

STS 1580/2024 de 14/03/2024

STS 984/2023 de 20/06/2023