

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor*

Joint custody in cases of domestic violence and the best interests of the child

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: Se prohíbe expresamente la concesión del régimen de custodia compartida cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en algún procedimiento de maltrato o violencia de género en los que los menores sean víctimas directas o indirectas. También se prohíbe su otorgamiento cuando el Juez advierta indicios fundados de violencia que le haga decidir la improcedencia de la custodia compartida en beneficio del *interés superior del menor*.

ABSTRACT: *Granting joint custody regime is expressly prohibited when either parent is in a procedure of abuse or violence in which children are direct or indirect victims. Its granting is also prohibited when Judge warns founded indications of violence which make him decide the illegality of joint custody in the best interests of the child.*

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida. Violencia doméstica. Interés del menor

KEY WORDS: *Joint custody. Domestic violence. Child's interest*

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JUR, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios Jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina de AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—III. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 92.7 DEL CÓDIGO CIVIL: VIOLENCIA DOMÉSTICA.—IV. CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA FAMILIAR O MACHISTA EN LA JURISPRUDENCIA CATALANA.—V. SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL EN VALENCIA.—VI. VIOLENCIA DE GÉNERO O DOMÉSTICA Y LA PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN. BREVE ANÁLISIS DE SU JURISPRUDENCIA.—VII. CONEXIONES CON EL DERECHO DE VISITA Y SU SUPRESIÓN POR PELIGRO CONCRETO Y REAL PARA LA SALUD FÍSICA, PSÍQUICA O MORAL DEL MENOR.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 92 del Código Civil tras la redacción de la Ley 15/2005, de 8 julio, establece como régimen ordinario de guarda y custodia de los menores el de su atribución a uno solo de los progenitores y no a los dos de forma conjunta¹. No obstante es posible que de mutuo acuerdo inicial o sobrevenido se pacte a los dos progenitores de forma conjunta².

Posibilidad que expresamente se prohíbe en los supuestos en que cualquiera de los padres *esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar* 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 ambos³.

Tampoco procederá cuando *el Juez advierta*, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, *la existencia de indicios fundados* de violencia doméstica. Ambas prohibiciones se contienen en el apartado 7 del señalado precepto.

Como puede observarse, teniendo en cuenta el principio del *interés del menor*, el precepto nacido de la Ley 15/2005 supedita la decisión última sobre la conveniencia o no de adoptar el régimen de guarda y custodia compartida al Juzgador.

Como ocurre generalmente, los primeros supuestos y las primeras resoluciones llegaron a conocimiento de la Jurisprudencia menor. El precepto era claro, por ello la SAP de Burgos de 12 de mayo de 2008⁴ entendió que no procedía establecer custodia compartida porque se hallaban ante el supuesto inicial del apartado ya que el progenitor reconoce haber sido *condenado por delito de maltrato familiar*. Como la custodia de la hija menor inicialmente se había otorgado a la madre no habrá variación de régimen⁵.

A lo largo del trabajo vamos a ir viendo jurisprudencia menor anterior a la citada en la que no se otorga el régimen de custodia compartida, por una u otras razones, todas dentro del ámbito de este apartado, pero es esta la que directa y expresamente hace referencia al principio del *interés del menor* y argumenta la necesidad de superación de la situación de maltrato. Y lo hace insistiendo en que «la existencia de una previa condena por un delito de maltrato es obvio que, aunque haya sido extinguida, limita notoriamente la posibilidad de establecimiento de un régimen de custodia compartida, ya que el *interés del menor* exige que se justifique la superación absoluta de la situación anterior de maltrato, la disponibilidad de las partes para tal medida y sobre todo el beneficio de tal medida para el menor».

El supuesto de hecho del precepto es, sin duda, lógico pues si el derecho de visitas —de contenido menor que la guarda y custodia— cede ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, más debe ceder en el supuesto de otorgamiento de la custodia⁶.

II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A primera vista la formulación del precepto es clara y concreta, de ahí que la doctrina jurisprudencial, no deba, más que seguirlo teniendo en cuenta sobre todo el principio general de derecho del interés superior del menor y la posibilidad establecida en el inciso final del apartado de la decisión final por parte del Juez de no establecer la custodia compartida ante la presencia de indicios fundados de violencia. Así, la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de abril de 2011⁷, en un supuesto donde el marido fue condenado por amenazas al cónyuge, el Alto Tribunal señaló que aunque este delito no está incluido entre los que, conforme al artículo 92.7 del Código Civil excluyen la guarda compartida, sí puede constituir un *indicio de violencia* o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, el citado artículo declara que no procede la guarda conjunta.

Argumento que tenemos que poner en relación con la doctrina de esta Sala sobre la *guarda y custodia* compartida en la interpretación del artículo 92, apartados 5º, 6º y 7º del Código Civil, la cual recordemos que debe estar fundada en el *interés de los menores*, y solo se acordará cuando concurren criterios tales como⁸:

- la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;
- los deseos manifestados por los menores competentes;
- el número de hijos;
- el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales;
- el resultado de los informes exigidos legalmente,
- y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

El TS mantiene la posición de que debe considerarse la custodia compartida como «normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo *el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis*, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

III. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 92.7 DEL CÓDIGO CIVIL: VIOLENCIA DOMÉSTICA

Realmente, la cuestión a dilucidar se centra en qué clase de interpretación debe hacerse del precepto. Recordemos que el artículo 92.7 del Código Civil dice que *está incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, *de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*⁹.

El supuesto de hecho es claro, pues por un lado concreta la necesidad de estar incurso en un proceso penal iniciado... para finalizar en el segundo párrafo, con la indicación que en todo caso el Juez puede advertir indicios de violencia doméstica. Se describe un parámetro amplio a fin de que el Juzgador, que es el

último que decide sobre la conveniencia o no de imponer la custodia compartida, concrete a la vista de todas las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas y los informes de los especialistas lo que es *mejor para el menor*.

De este modo, se estaría dentro del primer supuesto del apartado (*incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual ...*) en las decisiones tomadas por las siguientes resoluciones:

- En el supuesto de *condena por un delito de maltrato* (SAP Burgos de 12 de mayo de 2008 que entendió que no procedía establecer custodia compartida).
- No se otorga tampoco cuando es *imputado el marido por actos de violencia de género* que ha determinado el dictado de medidas de protección de su esposa, y en concreto la prohibición de acercamiento hasta que no recaiga resolución en el procedimiento penal incoado (SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 8 de julio de 2011)¹⁰.
- Tampoco se concede en el supuesto en que haya *sentencia absolutoria del progenitor en procedimiento penal de violencia de género, pero concurrencia de condena penal de ambos cónyuges por lesiones mutuas*. Además, el juez puso de manifiesto que no concurre el acuerdo de los cónyuges y el informe favorable del ministerio fiscal (SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 18 de julio de 2008)¹¹.

Por otro lado, en las siguientes resoluciones judiciales se concreta que hay *indicios fundados de violencia doméstica...* aunque no está incurso en un procedimiento penal, por ejemplo:

- No se otorga la custodia compartida cuando el padre *realiza actos de violencia psicológica* sobre la madre de los que *la hija ha sido víctima indirecta, aunque tenga solo 11 meses* (STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de abril de 2014)¹². El juzgador entiende que pese a que aparentemente la niña no tiene conocimiento o conciencia de dichos actos puede considerarse que el sufrimiento de la madre, por dichos actos, tiene incidencia en la menor *produciendo irritabilidad, trastornos del sueño y de alimentación, así como dificultades en el establecimiento de los vínculos familiares*. Y acertadamente afirma que «la consideración de los niños como víctimas indirectas de la situación de violencia de género que viven en el hogar, va más allá de la agresión física del padre sobre la madre, puesto que esta exposición a la violencia tiene impacto sobre su desarrollo y sobre las consecuencias que comporta para las relaciones futuras, si se trata de una violencia estructural».
- Tampoco se otorga en el supuesto de la SAP de Murcia, Sección 5ª, de 6 de junio de 2011¹³, donde se constata la *existencia de un proceso penal por violencia de género, actualmente terminado por una sentencia absolutoria de dicho delito pero condenatoria por una falta sin adopción de medidas cautelares*. Aunque a la fecha de la sentencia, dicho proceso todavía estaba pendiente y de ahí la corrección del argumento empleado en la sentencia apelada. Además ni la progenitora ni el Ministerio Fiscal eran favorables a la adopción de la custodia compartida, por lo que era imposible legalmente la adopción de dicho acuerdo.

Entrando ya en los supuestos analizados en los Juzgados específicos de violencia sobre la Mujer nos encontramos con que en todo caso prima el interés del menor.

- La Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Baracaldo, de 30 de junio de 2013¹⁴, enfatiza que aunque ambas partes pactan una custodia compartida respecto al menor en el domicilio conyugal sito en la localidad de Baracaldo, y estando el padre *imputado en procedimiento de violencia de género*, hace desaconsejable la existencia de una custodia compartida máxime al señalar que la misma se desarrollaría en el domicilio conjunto.
- La Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Alicante de 22 de enero de 2010¹⁵, no acuerda la custodia compartida *por inexistencia de comunicación entre ambos progenitores y por haber existido un procedimiento penal tras el cual se dictó una orden de alejamiento entre ambos*.

Pese a que se había interesado en el acto de la vista por el progenitor que se acordara una custodia compartida, conforme al artículo 92 del Código Civil es preciso que ello sea interesado por ambos progenitores y que exista informe favorable del Ministerio Fiscal, salvo que tras la petición de una de las partes y el informe favorable del Ministerio Fiscal se llegue al convencimiento que con la guarda y custodia compartida se protege adecuadamente el *interés superior del menor*. En el presente caso, no se dan estos requisitos, y además, la relación entre ambos progenitores es nula, no existiendo contacto ni comunicación entre ellos habiendo mediado procedimiento penal en virtud del cual se dictó una medida de alejamiento entre ambos. Esta situación hace imposible la relación fluida y amistosa que requiere este tipo de guarda en la que es precisa *una constante y buena comunicación entre los progenitores* para poder atender las necesidades del menor y para adoptar aquellas decisiones en beneficio del niño.

IV. CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA FAMILIAR O MACHISTA EN LA JURISPRUDENCIA CATALANA

El artículo 233-11.3 del Código Civil, dice que «en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya *dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas*. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya *indicios fundamentados* de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas».

Como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, la redacción del precepto es parecida al apartado 7.º del artículo 92 del Código Civil, pero además, aporta la innovadora idea de la posibilidad de que los menores pueden ser víctimas directas o indirectas de dicha violencia. Se modifican los términos: de violencia doméstica se pasa a hablar de violencia machista o familiar.

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2014¹⁶, insiste en la necesidad de acreditación de los episodios de violencia machista y si el menor ha sido o no víctima directa o indirecta, pruebas que no pueden ser calificadas como inadmisibles¹⁷, pues los órganos civiles tienen la necesidad de conocer su existencia a la hora de determinar el ejercicio de la guarda de los menores.

La Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Berga, de 26 de marzo de 2014¹⁸, resuelve que aunque *no existe sentencia por actos de violencia familiar o machista afirma que sí se siguió un procedimiento, por presunta*

*infracción penal, relacionada con violencia machista, en la que aparecía como denunciado el progenitor*¹⁹.

En dicho procedimiento el Ministerio Fiscal aconsejó este régimen de guarda y custodia, pero al no haber acuerdo en el plan de parentalidad y no existir acuerdo de los progenitores en el régimen de guarda y custodia, le *corresponde a la autoridad judicial determinar la forma, de acuerdo con el carácter conjunto de las responsabilidades parentales*. Por ello el Juzgador acuerda la custodia compartida en base a que es un régimen que presenta indudables *ventajas para la evolución y desarrollo del niño* en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial.

V. SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL EN VALENCIA

El artículo 4.1 y 2 de la Ley 5/2011, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven²⁰, establece que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, el juez establecerá, como regla general, el régimen de «convivencia compartida».

Por lo tanto, Valencia, al igual que Aragón y, en menor medida, Cataluña o Navarra, se aparta de la solución prevista en el artículo 92.8 del Código Civil previendo la custodia compartida con carácter general, y no, excepcional. La regla general es, pues, que, conforme al artículo 5.2 Ley 5/2011, salvo que otra cosa haya acordado por los progenitores, el juez atribuirá a ambos, «de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos»²¹.

El artículo 5.6 *excepciona* el régimen de convivencia, cuando exista una situación de *violencia familiar*, que pudiera suponer un riesgo para los hijos o para el otro progenitor²².

Se establece la custodia compartida aún en los supuestos en los que la madre ha intentado la imposibilidad de su establecimiento alegando denuncias de malos tratos inexistentes²³. No se otorga dicho tipo de custodia cuando el estilo comunicativo del progenitor puede ser percibido como agresivo o impositivo²⁴, o cuando hay mala comunicación entre ambos²⁵, o cuando consta acreditado en autos la existencia de fundados indicios de violencia doméstica unidos a las malas relaciones entre los padres²⁶.

No obstante se insiste por el juzgador en que simplemente el criterio de existencia de malas relaciones entre los progenitores no es un factor determinante para negar la custodia compartida²⁷.

VI VIOLENCIA DE GÉNERO O DOMÉSTICA Y LA PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN. BREVE ANÁLISIS DE SU JURISPRUDENCIA

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas²⁸, pone de manifiesto en su Exposición de Motivos que «la principal medida que se adopta es considerar *la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto*, salvo en los supuestos

en que la custodia individual fuere lo más conveniente. El Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere el artículo 80, como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral».

También insiste en que «una de las causas que expresamente prevé el artículo 80 para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la *violencia doméstica o de género, en línea con el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad*»²⁹.

Y todo ello porque «la *finalidad* de la custodia compartida es un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación.

La doctrina del TSJA en relación con el párrafo 6 del artículo 80 CFDA es la fijada en la sentencia de 19 de marzo de 2014³⁰, en la interpretación que realiza de dicho apartado la de 2 de julio de 2013³¹:

«Esta norma se ve en parte complementada por la previsión contenida en la Disposición Adicional 4.ª del CDFA en los términos siguientes: «Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria».

Y al respecto debe igualmente considerarse la previsión punitiva contenida en el artículo 153, apartados 1 y 2 Código Penal, donde se prevé como pena a imponer por delito de los previstos en tal norma: «(...) cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela curatela, guarda o acogimiento...».

Las tres normas citadas tratan la misma cuestión de existencia de acción tipificada en el Código Penal cometida por alguno de los progenitores del menor sobre cuya custodia se debe resolver judicialmente, pero no existe solapamiento entre ellas, puesto que la aplicación de una y otra se da en momentos sucesivos en el tiempo, no simultáneamente.

De las tres, la *primera a observar será la contenida en el artículo 80.6 del CDFA* que prevé dos supuestos: que exista proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar, en el que la autoridad judicial penal valore motivadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados; o que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, la autoridad judicial civil valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. En cualquiera de ambos casos no se acordará la atribución de la guarda y custodia al progenitor que aparezca como posible autor.

La STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de junio de 2014³², tras indicar que en la instancia ya se valoró que se seguía causa penal contra el esposo por denuncia de agresión formulada por la esposa, en el momento de conocer el Tribunal Superior desaparece al haber sido ya dictada sentencia que puso fin al procedimiento penal. Por ello el progenitor solicita el establecimiento del régimen de custodia compartida que la sentencia impugnada denegó por observancia del precepto indicado.

No obstante el TSJA indica que «No cabe obviar, además, que caso de darse lugar a la pretensión del recurrente, de entrar a conocer esta Sala de Casación sobre las nuevas cuestiones de hecho que las sentencias de la instancia no pudieron tener en cuenta, se daría lugar a una valoración *ex novo* de los datos fácticos

presentes, lo que, además de suponer la asunción por esta Sala de funciones que legalmente no tiene encomendadas, implicaría sobre todo, privar a las partes de su derecho a los recursos de apelación y casación que sobre la decisión judicial inicial pueden interponer».

Se indica la necesidad de solicitar la modificación de las medidas reguladoras de su divorcio ante las nuevas circunstancias presentes, si así conviene a su derecho.

También la Jurisprudencia del TSJA propone la custodia individual con un amplio régimen de visitas del padre en sentencia de 25 de julio de 2013³³, al entenderse que la custodia compartida no sería beneficiosa para el menor pues en los informes psicosociales emitidos se recomendaba la individual, habida cuenta que el menor era reacio a compartir tiempo con su familia paterna extensa, y había otros condicionamientos de horarios laborales del padre y de espacio en su vivienda que jugaban en contra del régimen compartido.

En la SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 28 de enero de 2014³⁴, se alega la no declaración de la custodia compartida en base *al alto grado de conflictividad entre las partes y la existencia de una condena penal del apelado en los términos que prevé el artículo 82.6 CDFA*.

Insistiendo en que el criterio de la conflictividad entre los padres no es motivo para denegar la custodia compartida, la STSJA de 28 de septiembre de 2012³⁵ y considerando que este hecho es frecuente en las rupturas de convivencia y puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares... No obstante lo cual el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren...»³⁶.

La importancia de la SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 11 de febrero de 2014³⁷, radica en que el progenitor estaba incurso en la causa de exclusión del artículo 80.6 CDFA lo que de por sí ya conduciría a la desestimación del recurso entablado relativo al otorgamiento de la custodia individual solicitada en su favor. Pero es que el mismo no contento con solicitar la custodia compartida, alega a su favor, que la madre padece síntomas depresivos, originados por la situación de maltrato y violencia. Ante lo cual indica el Tribunal que «el episodio depresivo sufrido por la madre sobre el que se hace tanto énfasis en el recurso, y del que parece, según los indicios, haberse recuperado (al margen o no de seguir o continuar tratamiento) ya fue valorado por los técnicos en sus informes psicosociales, no encontrando por ello inconveniente en que sea la madre quien ejerce sobre ellos la custodia individual, lo que conduce igualmente al rechazo del recurso».

La SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 20 de diciembre de 2013³⁸, no niega la petición de custodia compartida ni siquiera al encontrarse el progenitor incurso en causa penal por violencia doméstica. La importancia de la resolución radica en las palabras que transcribimos: «Debe finalmente tenerse en cuenta que en tema de restricción de derechos como es el caso, y especialmente afectando el mismo a un bien de especial protección como es el *interés del menor*, que podría resultar afectado, *no cabe hacer pues una interpretación extensiva del precepto indicado en perjuicio de dicho interés si se considera que la custodia compartida o la individual del progenitor condenado es más favorable a dicho interés*, por lo que consideramos que el proceso penal y falta subsiguiente a la que ha sido condenado el recurrente, dado por otro lado la escasa entidad de los hechos enjuiciados, como se desprende del «factum» de la Sentencia penal, *no es causa de exclusión legal de la custodia compartida* por el mismo solicitada, debiéndose entrar a dilucidar la conveniencia o no de fijar dicha forma de custodia».

Por último debe tenerse en cuenta también la posibilidad de que se acuerde la custodia compartida por la preferencia del criterio legal en su favor, y porque los padres estaban a su favor antes de la situación previa «a la judicialización penal del conflicto», que en los informes técnicos ninguno se pronuncia sobre la falta de idoneidad de los cónyuges para ejercer la custodia compartida» y pese a «hallarse enquistado el conflicto entre los padres». Este es el dictamen de la SAP de Teruel de 30 de octubre de 2012³⁹, que también afirma que tras ser examinados los informes, el devenir y curso de las circunstancias de este procedimiento y de las diligencias previas que lo han salpicado, y la *generación y enquistamiento de unas malas relaciones entre los progenitores, que ha llegado a repercutir en las relaciones con sus hijas*, acuerda la custodia compartida porque de hecho las hijas toman la decisión, al irse a vivir con el padre, siendo menores para tomar tal decisión pero no para ser oídas⁴⁰.

VII. CONEXIONES CON EL DERECHO DE VISITA Y SU SUPRESIÓN POR PELIGRO CONCRETO Y REAL PARA LA SALUD FÍSICA, PSÍQUICA O MORAL DEL MENOR

Aunque estamos analizando los supuestos de *custodia compartida* no hay que perder de vista, el *derecho de visita* por tener menos entidad que la custodia y donde la jurisprudencia es más extensa, y ha tenido ocasión de pronunciarse ante más problemas que la reciente incorporación de la custodia compartida en nuestro ordenamiento y su relación con la violencia doméstica, de género, machista o familiar.

Así en el supuesto de que el progenitor no custodio se encuentre *incurso en un procedimiento penal por violencia de género*, o por malos tratos⁴¹, el ejercicio del régimen de visitas ha sido suprimido o restringido o suspendido⁴². Así ocurre en los supuestos en los que el padre tiene carácter violento, o ha realizado agresiones y amenazas a la madre en presencia de sus hijos⁴³, o es condenado por sentencia penal firme por haber causado lesiones al hijo⁴⁴, o, se halla en prisión y además existe un informe psicosocial que desaconseja que los menores visiten a su padre en el centro penitenciario por considerarlo perturbador para el desarrollo de su personalidad⁴⁵, o es alcohólico⁴⁶, o tiene una patología mental que afecta directamente a su capacidad para hacerse cargo del cuidado de sus hijos⁴⁷, o es drogadicto⁴⁸.

Aunque hay resoluciones en que pese a la concurrencia de condenas por malos tratos, no suprime, ni restringe, el derecho de visitas del condenado, sino que se alientan en *interés del menor* (SAP de Albacete de 28 de abril de 2005⁴⁹, SAP de Valencia de 29 de junio de 2004⁵⁰, o, SAP de Murcia de 2 de marzo de 2001)⁵¹.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CUCHI DENIA, Javier M.: «La convivencia como presupuesto de los delitos de violencia doméstica», en *Diario La Ley*, núm. 7063, Sección Doctrina, 25 de noviembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-337, Editorial La Ley. La Ley 41001/2008.
- DAZA BONACHELA, M. M.: «Comentario victimológico al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio». En *Diario La Ley*, núm. 8214, Sección Tribuna, 18 de diciembre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-428, Editorial La Ley. La Ley 10853/2013.

IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: «Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 738, julio-agosto. 2013. Pags. 2650-2666 - Vlex: 458215318.

— «Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Estudios jurisprudenciales. N.º 739, págs. 3423 a 3439.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de abril de 2013, rec. 2525/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 257/2013. La Ley 37196/2013.
- STS de 29 de noviembre de 2013, rec. 494/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 757/2013. La Ley 186577/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de abril de 2011, rec. 1580/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 252/2011. La Ley 14425/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005, rec. 5030/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de sentencia: 903/2005. La Ley 10112/2006.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de julio de 2002, rec. 482/1997. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de Sentencia: 720/2002. La Ley 306/2003.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de junio de 2014, rec. 9/2014. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 23/2014. La Ley 84484/2014.
- STSJA Sala de lo Civil y Penal, de 19 de marzo de 2014, rec. 47/2013. Ponente: Javier SEOANE PRADO. Núm. de Sentencia: 14/2014. La Ley 28585/2014.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 25 de julio de 2013, rec. 18/2013. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 126762/2013.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de julio de 2013, rec. 7/2013. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 28/2013. La Ley 117215/2013.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 28 de septiembre de 2012, rec. 14/2012. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE. Núm. de Sentencia: 30/2012. La Ley 164364/2012.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 11 de febrero de 2014, rec. 576/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 68/2014. La Ley 16388/2014.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 28 de enero de 2014, rec. 472/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 31/2014. La Ley 16376/2014.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 20 de diciembre de 2013, rec. 322/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 643/2013. La Ley 212480/2013.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 8 de julio de 2011, rec. 742/2010. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Núm. de Sentencia: 338/2011. La Ley 147933/2011.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 18 de julio de 2008, rec. 1179/2007. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Núm. de Sentencia: 526/2008. La Ley 135077/2008.

- SAP de Murcia, Sección 5.^a, de 6 de junio de 2011, rec. 457/2010. Ponente: Miguel Ángel LARROSA AMANTE. Núm. de Sentencia: 172/2011. La Ley 102908/2011.
- SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 12 de mayo de 2008, rec. 535/2007. Ponente: Mauricio MUÑOZ FERNÁNDEZ. Núm. de Sentencia: 157/2008. La Ley 199000/2008.
- SAP de Granada, Sección 5.^a, de 25 de enero de 2008, rec. 522/2007. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 30/2008. La Ley 144900/2008.
- SAP de Albacete, Sección 1.^a, de 28 de abril de 2005, rec. 71/2005. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. Núm. de Sentencia: 113/2005. La Ley 95218/2005.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 29 de junio de 2004, rec. 437/2004. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Núm. de Sentencia: 417/2004. La Ley 153078/2004.
- SAP de Murcia, Sección 5.^a, de 2 de marzo de 2001, rec. 269/2000. Ponente: Matías Manuel SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS. Núm. de Sentencia: 57/2001. La Ley 8813/2001.
- SAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 5 de febrero de 2002, rec. 216/2001. Ponente: José Javier SOLCHAGA LOITEGUI. Núm. de Sentencia: 71/2002. La Ley 28483/2002.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de febrero de 2000, rec. 829/1999. Ponente: José M.^a BACHS ESTANY. La Ley 31669/2000.
- SAP de Cuenca, de 7 de julio de 1999, rec. 362/1998. Ponente: Leopoldo PUENTE SEGURA. La Ley 107240/1999.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2014, rec. 20/2013. Ponente: Juan Manuel ABRIL CAMPOY. Núm. de Sentencia: 35/2014. La Ley 87656/2014.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de abril de 2014, rec. 104/2013. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Núm. de Sentencia: 27/2014. La Ley 70511/2014.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Berga, de 26 de marzo de 2014, rec. 4/2012. Ponente: Pablo RODRÍGUEZ GONZÁLEZ. Núm. de Sentencia: 9/2014. La Ley 82549/2014.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Baracaldo, de 30 de junio de 2013, rec. 51/2013. Ponente: Blanca LLARÍA IBÁÑEZ. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 120624/2013.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Alicante de 22 de enero de 2010, rec. 50/2009. Ponente: María Cristina COSTA HERNÁNDEZ. Núm. de Sentencia: 3/2010. La Ley 326864/2010.

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículo 92 del Código Civil
- Artículo 233-11.3 del Código Civil.
- Artículo 80. 6º CDFA. BOA, núm. 67, de 29 de marzo de 2011, páginas 6490 a 6616.
- Artículo 4.1º y 2º de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. DOCV 5 de abril de 2011. BOE 25 de abril de 2011.

- Circular 4/2005 de 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Fiscalía General del Estado. La Ley 120/2005.

NOTAS:

¹ El ministerio de Justicia está trabajando en el ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO cuya Exposición de Motivos indica que «Una de las medidas más delicadas a adoptar es la de la guarda y custodia (términos que se complementan y que no se excluyen) o régimen de convivencia y el de las relaciones familiares de los progenitores con los hijos. La introducción del artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor; quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia. *Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí.*»

Continúa diciendo que «Para determinar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante de conformidad con la doctrina de la STC 185/2012, de 17 de octubre, y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, en el caso que lo considere necesario, así como la concurrencia o no de todos aquellos criterios relevantes para el bienestar del hijo, como edad, arraigo social, escolar y familiar de los menores; relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; aptitud y voluntad de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; el apoyo con el que cuenten, la situación de sus domicilios o el número de hijos».

² Ha sido casual que justamente a la hora de enviar el texto objeto de comentario a la imprenta (4 de agosto de 2014), saltara la noticia, con gran repercusión mediática de la condena a España de la ONU por negligencia policial y judicial en un asesinato machista. La ONU obliga a indemnizar a la madre y a tomar medidas para que se tengan en cuenta los antecedentes de malos tratos en la concesión de custodias. Es la primera vez que un tribunal internacional condena a España por negligencia en materia de violencia de género. Este caso fue denunciado hace dos años por la ONG Women's Link Worldwide ante el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer. Y el dictamen del CEDAW es contundente. Considera que la negligencia de jueces y policías provocó la muerte de la pequeña Andrea a manos de su padre y condena al Estado español por no proteger a Ángela y a su hija (asesinada por el progenitor en 2003), por no haber castigado al maltratador y por no haber indemnizado a la madre por los daños causados.

En su resolución, el CEDAW establece una serie de recomendaciones y obligaciones. En primer lugar obliga a España a reparar de manera adecuada y a indemnizar integralmente a Ángela González. En segundo lugar, le obliga a volver a investigar su caso para determinar los fallos que existieron y que causaron que su hija y también ella estuvieran desprotegidas.

Además, la ONU exige a España que tome medidas adecuadas y efectivas para que los jueces tengan en cuenta los antecedentes de violencia a la hora de conceder las custodias con el fin de garantizar la seguridad de la víctima y de sus hijos.

También obliga a que los jueces, juezas y personal administrativo reciban formación obligatoria sobre estereotipos de género.

En su dictamen, el CEDAW reconoce la labor desarrollada por España en la lucha contra el maltrato con la Ley Integral contra la Violencia de Género, con medidas de concienciación, educación y capacitación. Sin embargo, identifica que persisten costumbres y prácticas por parte de jueces, fiscales, trabajadores sociales y otros agentes que constituyen una discriminación contra las mujeres y se traducen en estereotipos de género en el sistema judicial que llevan a que no se proteja de manera efectiva a las mujeres víctimas ni a sus hijos.

Además el Estado español tiene un plazo de seis meses para enviar al Comité las medidas que haya tomado en cumplimiento de esta resolución.

³ «La atropellada redacción del precepto (art. 173.2 CP) del que se pueden derivar hasta tres tipos de violencia: doméstica, de género y asistencial, no debe hacernos olvidar que el bien jurídico que protege... es la integridad moral, como manifestación de la dignidad de la persona... Esta categorización no supone un contraargumento con la posición de exigencia de la convivencia para la tipificación de los delitos de violencia doméstica.

A nadie escapa y es un hecho constatable que es el hogar familiar donde se desarrollan las relaciones más seguras y duraderas y el lugar donde suelen concurrir el mayor número de supuestos de maltrato, independientemente de la víctima, siendo en este ambiente donde los maltratos son más fáciles de realizar por la desigualdad física existente entre los miembros unidos por lazos familiares o incluso desigualdad jerárquica que culturalmente preside las relaciones familiares. Asimismo, en ese núcleo es donde los menores (descendientes) y ancianos (ascendientes) son los principales grupos de riesgo y, por tanto, las principales víctimas propiciatorias por su indefensión e incapacidad para acusar al agresor dada su dependencia. Otro argumento para fundamentar nuestra posición es que la protección de los ascendientes y descendientes consagrada en el Código Penal de 1995 tenía como fundamento la situación de superioridad proporcionada por la relación familiar y la convivencia, lo que ha permitido entenderlo como lesivo, en primer término, de la dignidad humana». CUCHI DENIA, Javier M.: «La convivencia como presupuesto de los delitos de violencia doméstica», en *Diario La Ley*, núm. 7063, Sección Doctrina, 25 Nov. 2008, Año XXIX, Ref. D-337, Editorial La Ley. La Ley 41001/2008.

⁴ En este caso se solicitaba la modificación de medidas ya que se ha venido ejerciendo un régimen de atribución de custodia de la hija menor a la madre y el padre fue condenado por delito de maltrato familiar. El juzgador entiende que la remisión definitiva de la condena no puede ser apreciada por el solo transcurso del plazo de su suspensión sino que exige la existencia de resolución judicial expresa. El padre no solo está incurrido en causa penal por ese delito, sino que fue efectivamente condenado. No se ha acreditado una alteración sustancial de las circunstancias que justifique el cambio de custodia pretendido por el padre. SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 12 de mayo de 2008, rec. 535/2007. Ponente: Mauricio MUÑOZ FERNÁNDEZ. Núm. de Sentencia: 157/2008. La Ley 199000/2008.

⁵ Aunque se justifica la suspensión de la condena impuesta ese delito por tiempo de 2 años, con posible transcurso desde entonces del plazo establecido de la suspensión, aquel se encontraba vigente al tiempo de presentación de la demanda, no se ha justificado debidamente la remisión definitiva de la condena, remisión que no puede ser apreciada por el solo transcurso del plazo de suspensión de la condena, ya que exige la existencia de resolución judicial en que así sea acordada y en todo caso resulta que, no es que el demandado esté incurrido en causa penal por ese delito, sino que fue efectivamente condenado.

⁶ Así se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad: «según la Cámara, la suspensión del derecho de visitas solo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto».

Y nuestra propia doctrina jurisprudencial expresada en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2002, (rec. 482/1997. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de Sentencia: 720/2002. La Ley 306/2003) que afirma que «El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los

hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho solo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992 [RJ 1992/8083] y 22-5 y 21-7-1993 [RJ 1993/6175]).

Vid. IGLESIA MONJE, M.^a I.: «Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Estudios jurisprudenciales. Núm. 739, págs. 3423 a 3439.

⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de abril de 2011, rec. 1580/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 252/2011. La Ley 14425/2011

⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2013, rec. 2525/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 257/2013. La Ley 37196/2013 y la STS de 29 de noviembre de 2013, rec. 494/2012. Núm. de Sentencia: 757/2013. La Ley 186577/2013.

⁹ La Circular 4/2005 de 18 de julio de 2005 de la Fiscalía General entendió que «la nueva figura agravada de *maltrato doméstico* del apartado 1º que establece —El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...— consiste la *conducta típica* en causar por cualquier medio o procedimiento *menoscabo psíquico o una lesión* no definida en el Código Penal como delito, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión. Se mantiene por tanto la redacción anterior a excepción de las amenazas leves con armas que se trasladan a los delitos contra la libertad.

Y en relación con los *sujetos activo y pasivo del tipo*, es preciso diferenciar los dos supuestos incriminados en este apartado:

a) *cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...* indica que sujeto activo solo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquel ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aún sin convivencia. Otras posibles combinaciones en las que aparezcan implicados en los hechos objeto de persecución penal los sujetos previstos en el artículo 173.2 Código Penal (sujeto activo mujer, sujeto pasivo mujer no vinculada al agresor por relación de pareja) quedarán relegados al apartado segundo del artículo 153 Código Penal.

b) *cuando el ofendido sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.* Como el concepto no viene definido en la ley se entiende por «vulnerable», «que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente». Por convivencia se entenderá tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente, como por ejemplo la derivada del régimen de visitas o custodia compartida de hijos menores de edad ... (Circular 4/2005 de 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Fiscalía General del Estado. La Ley 120/2005.)

¹⁰ SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 8 de julio de 2011, rec. 742/2010. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Núm. de Sentencia: 338/2011. La Ley 147933/2011, el juzgador entendió que existía una adecuada atribución de la custodia de los hijos a favor de la madre, que los ha atendido desde su nacimiento y tras la ruptura. Además está consolidado el arraigo de los menores en nuestro país, no es beneficioso para ellos el traslado que pretende el padre a su país de origen. En consecuencia resulta inviable establecer un sistema de custodia compartida.

¹¹ SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 18 de julio de 2008, rec. 1179/2007. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Núm. de Sentencia: 526/2008. La Ley 135077/2008.

¹² STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de abril de 2014, rec. 104/2013. Ponente: José FRANCISCO VALLS GOMBAU. Núm. de Sentencia: 27/2014. La Ley 70511/2014.

¹³ SAP de Murcia, Sección 5ª, de 6 de junio de 2011, rec. 457/2010. Ponente: Miguel Angel LARROSA AMANTE. Núm. de Sentencia: 172/2011. La Ley 102908/2011.

¹⁴ Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Baracaldo, de 30 de junio de 2013, rec. 51/2013. Ponente: Blanca LLARIA IBÁÑEZ. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 120624/2013.

¹⁵ Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Alicante de 22 de enero de 2010, rec. 50/2009. Ponente: María Cristina COSTA HERNÁNDEZ. Núm. de Sentencia: 3/2010. La Ley 326864/2010.

¹⁶ La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2014, rec. 20/2013. Ponente: Juan Manuel ABRIL CAMPOY. Núm. de Sentencia: 35/2014. La Ley 87656/2014.

¹⁷ Sens perjudici que a aquesta Sala li causa estranyesa la denegació de les proves documentals i testificals relatives a l'acreditació d'un o més episodis de violència de gènere, perquè si bé és cert que el seu coneixement correspon a la jurisdicció penal, no ho és menys que els òrgans judicials civils tenen la necessitat de conèixer l'existència d'aquests fets a l'hora de determinar l'exercici de la guarda dels menors...

Des d'aquesta òptica, les proves adreçades a acreditar els indicis fonamentats d'episodis de violència masclista i si el fill menor ha estat o no víctima directa o indirecta difícilment poden ésser qualificades com a inadmissibles. Nogensmenys el que s'acaba d'afirmar, la part recurrent no fonamenta el seu recurs d'infracció processal en la indefensió o limitació dels seus mecanismes de defensa, fonamentat en la denegació de les proves adreçades a acreditar la violència masclista i la presència del menor, de manera que no es pot valorar més que per la Sala l'existència d'una ordre de protecció, per amenaces, dictada el 14-06-2011 i que va caducar sis mesos després sense que s'hagués interessat la seva pròrroga i les referències a dos episodis de violència de gènere de dates 25-12-2010 i 12-06-2011. En efecte, malgrat aquest dèficit probatori quant a aquest extrem, essencial per a l'acreditació del supòsit de fet de l'article 233-11-3 del Còdigo Civil, la recurrent justifica el seu recurs d'infracció processal en aquest primer motiu en la manca de motivació de la resolució recorreguda.

¹⁸ Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Berga, de 26 de marzo de 2014, rec. 4/2012. Ponente: Pablo RODRÍGUEZ GONZÁLEZ. Núm. de Sentencia: 9/2014. La Ley 82549/2014.

¹⁹ Respecto este procedimiento con número DP 10/12 seguido en este juzgado, por tener competencia exclusiva en materia de violencia de género, se acordó el sobreseimiento provisional, *ex* artículo 641.1 de la LEC, de la causa, mediante auto de fecha 13 de abril de 2012.

²⁰ Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. *DOCV* 5 de abril de 2011. *BOE* 25 de abril de 2011.

²¹ La SAP Alicante, Secc. 9.^a, 410/2013, de 12 de julio (rec. 356/2013). Ponente: La Ley 125056/2013 y la SAP de Alicante, Secc. 9.^a 563/2013, de 30 de octubre (rec. 534/2013), explican que «se establece, por tanto, como regla general un régimen de convivencia compartida y, de forma excepcional, la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores. El legislador autonómico ha instaurado una suerte de presunción *iuris tantum* de que el régimen de convivencia más beneficioso para un menor cuyos padres ya no conviven juntos es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues este es, en principio, el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad que incumbe a los progenitores».

²² El artículo 5.6 dice que «Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

Quando se dicte resolució judicial que ponga fin al procediment, con efectes absolutorios, en qualsevol dels procediments reseñats en el paràgraf anterior, se podrà revisar, de oficio o a instància de part, la ordenació de les relacions familiars».

²³ SAP de Alicante, Sección 9.^a, de 17 de marzo de 2014, rec. 212/2013. Ponente: José Manuel VALERO Díez. Núm. de Sentencia: 134/2014. La Ley 45258/2014 «La madre despliega una conducta expresamente dirigida a eliminar en lo posible el contacto de las hijas con su padre y, por supuesto, anular toda posibilidad de custodia compartida. Incluso cuando solicita plazas, busca de las más alejadas para entorpecer todavía más, si es posible, los

derechos de las hijas a relacionarse con su padre. Actúa de modo unilateral y sorpresivo, vulnerando los legítimos derechos del padre como titular también de la patria potestad. Acude a métodos de denuncia en los dos aspectos que más pueden dificultar la concesión del régimen de custodia compartida: los abusos sexuales con menores y los delitos de maltrato familiar. Sin olvidar que desde un principio pone todo tipo de trabas al padre para relacionarse con las menores. En definitiva, actúa directamente en perjuicio de sus hijas. Situación que la Sala, no puede consentir.

Sin embargo, tampoco concurren los factores excepcionales que permitan un cambio radical de guarda y custodia, atribuyéndola en exclusiva al padre. Porque independientemente de la conducta de la madre, lo cierto es que por lo razonado es más beneficioso el régimen de guarda y custodia compartida para las menores. No obstante, teniendo presente dicha conducta, y por las razones antes expuesta de arraigo social y escolar de las menores, el domicilio de las mismas se fija en el Pilar de la Horadada, salvo que por circunstancias sobrevenidas distintas de las ahora concurrentes, por mutuo acuerdo de los padres, o por autorización judicial, se modifique dicho lugar de residencia».

²⁴ SAP de Valencia, Sección 10ª, de 11 de abril de 2014, rec. 1114/2013. Ponente: Olga CASAS HERRÁIZ. Núm. de Sentencia: 247/2014. La Ley 68007/2014

En este supuesto «El informe pericial judicial y lo postulado por el Ministerio Fiscal mantienen en la guarda y custodia del menor a la madre». Y ello porque no existen garantías de que la modalidad de custodia compartida pueda ser ejercida de forma que beneficie al menor. Pues durante la convivencia de los progenitores del menor, fue la madre quien asumió la crianza del menor de forma más activa, hasta el punto de que la madre renunció a una oferta de trabajo para asumir el cuidado presencial del menor, e incluso con posterioridad, con ocasión de la separación de los progenitores se acordó que fuese la madre quien asumiese el cuidado del menor, que en aquel momento era lactante, pero es más, examinado el ajuste personal del progenitor consta que su estilo comunicativo puede ser percibido como agresivo o impositivo, ...la impulsividad del Sr. Hipolito le lleva a no valorar adecuadamente las consecuencias de sus actos, lo que puede ser indicativo de un déficit en la capacidad de empatía hacia las necesidades reales del menor».

²⁵ SAP de Alicante, Sección 4ª, de 30 de enero de 2014, rec. 70/2013. Ponente: Manuel Benigno FLÓREZ MENÉNDEZ, Núm. de Sentencia: 27/2014. La Ley 43582/2014. «También es cierto que alguna de las razones expuestas en la sentencia para no establecer este régimen son irrelevantes (como la residencia actual de los menores en Ibiza y del padre en Castalla, debido a la escasa distancia entre ambas poblaciones) o poco consistentes (como el hecho de no haber tomado el padre la iniciativa para solicitar medidas judiciales en relación con los hijos, circunstancia que no es necesariamente reveladora de falta de interés por ellos). Ahora bien, además del resto de lo razonado por el Juzgado, la Sala aprecia en función de las pruebas documentales aportadas tanto con los escritos de alegaciones como en el acto del juicio un grave deterioro de las relaciones personales entre los cónyuges, que les ha llevado a denunciarse mutuamente por un variado elenco de infracciones penales, tales como violencia doméstica, agresión sexual, quebrantamiento de condena, incumplimiento del régimen de visitas, daños, injurias, etc., de cuyas pruebas se deduce que las malas relaciones entre ellos exceden con mucho de los parámetros que el artículo 5-2 de la Ley 5/2011 considera compatibles con este régimen, en términos que aparentan una absoluta imposibilidad para alcanzar los acuerdos y la cooperación indispensables para el desarrollo de este de manera que a la postre la custodia compartida sería contraria al interés de los menores».

²⁶ SAP de Valencia, Sección 10ª, de 10 de febrero de 2014, rec. 982/2013. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Núm. de Sentencia: 78/2014. La Ley 35190/2014 «consta acreditado en autos la existencia de fundados indicios de violencia doméstica, tanto por la condena ya dictada como por los procesos iniciados pendientes de resolver por quebrantamiento de condena, lo que unido a las malas relaciones de las partes hacen inviable, de momento, el establecimiento de la custodia compartida solicitada».

²⁷ SAP de Valencia, Sección 10ª, de 29 de abril de 2014, rec. 1330/2013. Ponente: Ana Vega PONS-FUSTER OLIVERA. Núm. de Sentencia: 275/2014. La Ley 71373/ 2014. «La mala relación entre las partes no es factor que excluya de la convivencia conjunta: el apelante invoca el error en la apreciación de la prueba, ya que la sentencia no ha valorado unos hechos que

a su juicio resultan ilustrativos de la mala relación entre las partes, incidencias en el PEF, denuncia de la Sra. Erica por malos tratos que fue desestimada, mal uso de las pensiones alimenticias, manifestaciones de la expareja de la demandada por violencia física sobre las menores... Censura que tampoco podemos compartir ya que ni la sentencia tiene por qué recoger todos los hechos que han salido a la luz a lo largo del procedimiento, sobre todo si no son determinantes de la resolución que vaya a adoptarse, y respecto a las manifestaciones de violencia de la expareja de la apelada, la sentencia despeja con acierto tales sospechas al hacer ver que la hija del Sr. Julio también está conviviendo con su madre, lo que no se toleraría de ser cierta la alegada conducta agresiva».

²⁸ BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011, págs. 6490 a 6616.

²⁹ Artículo 80, 6º: «No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

³⁰ STSJA Sala de lo Civil y Penal, de 19 de marzo de 2014, rec. 47/2013. Ponente: Javier SEOANE PRADO. Núm. de Sentencia: 14/2014. La Ley 28585/2014.

³¹ STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de julio de 2013, rec. 7/2013. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 28/2013. La Ley 117215/2013.

³² STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de junio de 2014, rec. 9/2014. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 23/2014. La Ley 84484/2014.

³³ STSJA, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 25 de julio de 2013, rec. 18/2013. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 126762/2013. No se considera beneficioso para el menor que se atribuya a ambos progenitores de forma compartida. Los informes psicológicos aconsejan la custodia materna. El menor es reacio a compartir tiempo con su familia paterna extensa, siendo la madre su principal referente y con quien tiene un mayor vínculo afectivo. El padre no dispone de espacio para el niño, al vivir con su hermano y sus padres en casa de estos, y no tiene un horario laboral fijo.

³⁴ SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 28 de enero de 2014, rec. 472/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 31/2014. La Ley 16376/2014. No se acredita la concurrencia de elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor, no siendo suficiente para ello la conflictividad existente entre los progenitores que ha motivado la ruptura matrimonial, pues la misma se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual, ni tampoco la corta edad del menor si no concurren otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre, ni, por último, los horarios laborales de los padres, debiendo el padre asumir las responsabilidades que le incumben en la crianza y educación del menor, sin que conste incapacidad alguna del mismo para afrontar tales necesidades. No cabe atribuir a los abuelos de obligaciones propias de los progenitores, pero ello no debe suponer una prohibición de prestar la colaboración puntual y voluntaria que decidan para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales.

³⁵ STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 28 de septiembre de 2012, rec. 14/2012. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE. Núm. de Sentencia: 30/2012. La Ley 164364/2012.

³⁶ Por otro lado, en el presente caso se constata que al tiempo de interponerse la demanda de modificación de medidas instada ni posteriormente el apelado se encontraba incurso en proceso penal de tipo alguno. Tampoco se observa de la prueba practicada la existencia de indicios fundados de violencia de género. *Sí existe acreditada una condena por coacciones* mucho tiempo antes de iniciado el presente proceso, en concreto en el año 2007, pero sobre el cual todo induce a sostener por el transcurso del plazo desde la condena que *las responsabilidades penales se hallen extinguidas, antes incluso de que tuviera lugar la regulación de la custodia compartida en el Derecho aragonés, por lo que la situación no se subsume en el supuesto previsto*.

³⁷ SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 11 de febrero de 2014, rec. 576/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 68/2014. La Ley 16388/2014.

³⁸ SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 20 de diciembre de 2013, rec. 322/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 643/2013. La Ley 212480/2013.

³⁹ SAP de Teruel, de 30 de octubre de 2012, rec. 31/2012. Ponente: María de los Desamparados CERDA MIRALLES, Núm. de Sentencia: 117/2012. La Ley 175513/2012.

⁴⁰ Sentencia que es importante porque el Juzgador advierte en su resolución que «le consta al Tribunal, pues así se reveló en el acto de la vista, que, si bien en el momento de la exploración por este ponente de las menores, Sandra vivía con su padre y su abuela, y Lorena con su madre; sin embargo, a fecha del acto de la vista celebrado por este Tribunal. Lorena ya se había ido a vivir con su padre. Ello ha devenido en que sean las hijas las que decidan la cuestión de hecho, y las mismas no son las llamadas a tomar tal decisión pues carecen por su edad de la capacidad para tomarla sin perjuicio de que pueden y deben ser oídas.

⁴¹ SAP de Granada, Sección 5.^a, de 25 de enero de 2008, rec. 522/2007. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Núm. de Sentencia: 30/2008. La Ley 144900/2008, indica que: «Considerándose por esta Sala ajustada a los mismos el progresivo régimen de visitas establecido, sobre la base de las indicaciones del informe psicosocial, dadas las nulas relaciones entre progenitor y su hija y la necesidad de que la menor cuente con la referencia paterna. El temor que puede abrigan la recurrente, dada la conducta previa del demandado, no ha dejado de tenerlo en cuenta la juzgadora de instancia, y de ahí la inicial limitación de las visitas a hora y media semanal los viernes progresivamente ampliada si la supervisión de los profesionales que las controlan evidencian un beneficio para el menor, hasta llegar a un régimen normalizado si se confirma la evolución favorable y supeditada a un procedimiento de modificación. Es un régimen prudente y equilibrado que debe ser mantenido en sus propios términos no procediendo pues la suspensión del mismo por el momento y sin perjuicio de los resultados de su evolución».

⁴² GUTIÉRREZ ROMERO, FRANCISCO MANUEL, «Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, de 1 de octubre de 2010, Ref. D-291, Editorial La Ley.

⁴³ SAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 5 de febrero de 2002, rec. 216/2001. Ponente: José JAVIER SOLCHAGA LOITEGUI. Núm. de Sentencia: 71/2002. La Ley 28483/2002. Que va más allá y establece la privación de la patria potestad y de las visitas, respecto del padre ante su carácter violento, las agresiones y amenazas proferidas por este a la madre en presencia de sus hijos, las cuales continuaron tras la separación. Las agresiones y amenazas del progenitor han continuado pese a la separación, extendiéndose a otros miembros de la familia de Herminia T., como queda acreditado a través de la testifical practicada. En la actualidad, la situación de los menores se encuentra normalizada, gozan de seguridad económica y afectiva, que no conviene alterar; así, según informe efectuado por la psicóloga, Mónica presenta pequeños pero intensos recuerdos de vivencias de agresión y tensiones unidas al recuerdo que tiene de su padre, que le provocan angustia y rechazo.

⁴⁴ STS Sala Primera de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005, rec. 5030/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de sentencia: 903/2005. La Ley 10112/2006. En ella se dice que: «Aquí tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula a la Jurisdicción Civil en cuanto a los hechos declarados probados (sentencias de 26 de septiembre de 1994, 28 de marzo de 1996 y 31 de octubre de 1998) y los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para este puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visita, respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establece con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes».

⁴⁵ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de febrero de 2000, rec. 829/1999. Ponente: José M.^a BACHS ESTANY. La Ley 31669/2000. Tras el internamiento en prisión del padre de los menores y existencia además, de drogodependencia, son los propios hijos los que muestran reticencias a visitar al padre en prisión. Escasez de visitas a los hijos en los últimos años, y cuando estas se produjeron fueron psicológicamente perjudiciales para los menores. Posibilidad de reanudación de las relaciones, una vez haya cumplido sus actuales condenas y rehabilitado de su dependencia de la droga. En su fallo se acuerda «la suspensión de presente

de las visitas y contactos entre el demandado y sus hijos, en el sentido de que procede establecer que, para cuando salga en libertad definitiva, siempre y cuando se constate merced a un seguimiento del SATAV que se halle rehabilitado de su tóxicodependencia y se esté en condiciones —que ello no perjudique a los menores, no les resulte traumático y se haya trabajado la situación con colaboración de ambos— se instaurará un régimen progresivo de encuentros primero y de visitas después, que deberá cumplimentarse en ejecución de sentencia cuando se reúnan todas estas condiciones».

⁴⁶ SAP de Cuenca de 3 de febrero de 1999: «Para ello tuvo en cuenta el juzgador el informe de la Unidad de Salud Mental INFANTO-JUVENIL acerca del alcoholismo del ahora recurrente, informe ciertamente escueto y no apoyado en oportuno seguimiento del interesado, y sobre todo, en los resultados de la exploración de los menores Yésica y Gabriel, lo que conduce al juez a la necesidad en que se encuentra de acordar el mantenimiento de la suspensión del derecho de visitas, si bien articulando las condiciones para que en ejecución de sentencia se restablezca la relación paterno-filial».

⁴⁷ SAP de Barcelona, Sección 1.ª, 11 de febrero de 1999, psicosis maníaco depresiva: Su padecimiento le priva de capacidad crítica y su inmadurez le impide tener consciencia del límite entre lo correcto y lo incorrecto, y le conduce a un comportamiento a veces irresponsable, precisando de un tratamiento psicoanalítico.

⁴⁸ SAP de Cuenca, de 7 de julio de 1999, rec. 362/1998. Ponente: Leopoldo PUENTE SEGURA. La Ley 107240/1999. En este supuesto ambos padres han sido adictos a las drogas, pero actualmente la madre está rehabilitada. No obstante la hija mayor se niega a convivir con su padre. Se suspenden las visitas con pernocta y se limitan a los días domingo de cada semana, ...en esas visitas dominicales que van a seguir manteniéndose, es donde podrán potenciarse las hoy delicadas relaciones entre padres e hijas y conforme conviene a los deseos del padre y a la conveniencia de las propias menores, acaso no esté lejano el día en que el régimen de visitas que ahora se confirma pueda ser ampliado de forma notable, sin necesidad de violentar los deseos de las menores y desde luego y sobre todo, sin poner en riesgo el mejor desarrollo de su propia personalidad».

⁴⁹ SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2005, (rec. 71/2005. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. Núm. de Sentencia: 113/2005. La Ley 95218/2005, en la que el padre presenta problemas con el alcohol, tiene esquizofrenia paranoide y envía mensajes amenazadores al móvil de la madre, lo cual no prueba que afecte a sus deberes como padre, pues «estando la enfermedad del padre actualmente controlada, no hay razones para privarle del contacto con su hijo, aunque la Sala considera oportuno introducir una cautela adicional: exigir al demandante que acredite a satisfacción del responsable del «Punto de Encuentro» y mediante certificado emitido por el centro sanitario público donde se le atienda, que ha seguido el tratamiento psiquiátrico que le haya pautado durante el mes anterior a la visita, y que su enfermedad está compensada. Con ello se evitan los posibles peligros que las visitas pudieran entrañar para el menor».

⁵⁰ En la SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 29 de junio de 2004, (rec. 437/2004. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Núm. de Sentencia: 417/2004. La Ley 153078/2004) el padre tenía un amplio historial delictivo, había sido condenado por maltrato de obra y amenazas a la madre e incumplir las obligaciones de carácter económico, aunque al probarse que haya perpetrado conductas específicamente lesivas para el interés de los hijos no se le priva de la patria potestad. Ni se restringe o suprime el derecho de visita.

⁵¹ La SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 2 de marzo de 2001, (rec. 269/2000. Ponente: Matías Manuel SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS. Núm. de Sentencia: 57/2001. La Ley 8813/2001) estableció un régimen de visitas a favor de un padre que asesinó al compañero sentimental de la madre en presencia del hijo. En la sentencia se dice que «el contacto del hijo con el padre ha de ser beneficioso para el mismo en cuanto aceptación de la realidad y el percibo del cariño y la atención del otro progenitor... en todo caso, los encuentros entre padre e hijo deben ser paulatinos».