

Guarda y custodia de los menores de edad no emancipados: situaciones de violencia de género y vicaria y de sustracción internacional de menores

*Guardian and custody of unemancipated minors: situations of gender and vicarious violence and international child kidnapping*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** Tras las situaciones de crisis matrimonial la guarda y custodia de los hijos menores de edad no emancipados, acordada en convenio regulador ratificado judicialmente o en proceso contencioso determina su atribución en exclusiva a uno de los cónyuges o compartida. En este último caso, se impide su adopción como medida normal y deseable ante supuestos de violencia de género y violencia vicaria. Asimismo, en ocasiones, tras un derecho de visitas el progenitor no custodio o teniendo la guarda y custodia compartida no lo devuelve dando lugar a lo que se conoce como delito de sustracción de menores. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la guarda y custodia de los hijos menores de edad acordada tras un proceso de nulidad, separación o divorcio, o crisis de pareja; en especial, la guarda y custodia compartida y cómo inciden las situaciones descritas de violencia de género y vicaria tras las recientes reformas del Código Civil, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre sobre violencia de género y del Código Penal, máxime en un supuesto como es la sustracción de menores de enorme actualidad por desgracia porque en ocasiones terminan con el fallecimiento del hijo/a en manos de uno de ellos progenitores.

**ABSTRACT:** After marital crisis situations, the guardianship and custody of unemancipated minor children, agreed in a regulatory agreement ratified by the court or in contentious proceedings, determines its exclusive attribution to one of the spouses or shared. In the latter case, its adoption is prevented as a normal and desirable measure in cases of gender violence and vicarious violence. Likewise, on occasions, after a right of views, the non-custodial parent or having joint custody and custody does not return it, giving rise to what is known as the crime of child abduction. The present study is going to centre on the analysis of the guardianship and custody of their minor children of the agreed age after an annulment, separation or divorce process, or couple crisis; especially, joint custody and custody and how the described situations of gender and vicarious violence affect after the recent reforms of the Civil Code, Organic Law 1/2004, of December 28 on gender violence and the Penal Code, especially in a case such as child kidnapping unfortunately

*very topical because sometimes they end with the death of the child in the hands of one of them parents.*

**PALABRAS CLAVE:** Guarda y custodia. Hijos menores de edad no emancipados. Violencia de género. Violencia vicaria. Derecho de visitas. Sustracción o secuestro de menores.

**KEY WORDS:** *Guard and custody. Unemancipated minor children. Gender violence. Vicarious violence. Visitation rights. Kidnapping of minors.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD. EN ESPECIAL, LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: 1. LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.—III. CONFLICTIVIDAD ENTRE LOS PROGENITORES *VERSUS* VIOLENCIA DE GÉNERO Y VICARIA.—IV. SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES POR EL PROGENITOR CUSTODIO Y NO CUSTODIO: 1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL TIPO DELICTIVO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que, determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social<sup>1</sup>. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del título VII «De las relaciones paterno-filiales», del libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171)<sup>2</sup>.

La patria potestad se ejerce, por regla general, de forma conjunta por ambos progenitores —patria potestad dual—, y forma parte de la misma un conjunto de deberes y derechos, entre los que se incluyen el de guarda y custodia de los hijos menores de edad.

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154, párrafo primero CC). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que, estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor<sup>3</sup>. Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad;

y, se debe mantener y respetar cuando tiene lugar la crisis matrimonial<sup>4</sup>. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que esta corresponde en primer lugar a los padres<sup>5</sup>.

Como ha precisado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 la patria potestad se configura como «una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitarles el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo»<sup>6</sup>.

La atribución de la patria potestad opera *ex lege*, esto es, se atribuye a los progenitores por el hecho de serlo. De forma que, atendiendo al contenido del artículo 154 del Código Civil relativo la responsabilidad parental y su ejercicio cabe, por un lado, la atribución de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores, conectado con el hecho de la filiación —matrimonial y no matrimonial—. Si bien, esta regla general no opera cuando ostenta la patria potestad exclusivamente uno de los progenitores ante la muerte o declaración de fallecimiento del otro; cuando uno de los progenitores ha sido excluido de la patria potestad (art. 111 CC); o privado de la patria potestad<sup>7</sup>. En cuanto al ejercicio, este podrá ser conjunto o exclusivo por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro cuando se trate de progenitores convivientes, siendo «válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad» (art. 156.1 CC). En materia de violencia de género se indica que «*dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo la asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos*». Se prevé que la patria potestad se ejerza contando con el consentimiento de un solo progenitor únicamente a fin de poder prestar atención y asistencia psicológica a los hijos e hijas menores de edad cuando se den los supuestos específicos descritos. Fuera de estos, la privación de la patria potestad o la atribución del ejercicio exclusivo a uno de los progenitores requiere de un pronunciamiento judicial al respecto que venga a establecer y motivar la medida privativa de patria potestad acordada.

A continuación, dispone el citado artículo 156.2 que «*en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier*

*otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro».*

En esta línea convivencial de ambos progenitores en caso de defecto, ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

En el caso de no convivir los progenitores, por vivir separados *«la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio»* (art. 156.5 CC). Relacionado con lo dispuesto en el artículo 92 del citado cuerpo legal, en caso de separación, nulidad, o divorcio ambos progenitores siguen ostentado la titularidad de los hijos menores de edad no emancipados, pudiendo ser atribuido el ejercicio a uno de ellos —salvo que se acuerde la privación o suspensión total o parcial del ejercicio de dicha potestad por desatención o inobservancia grave de los deberes establecidos en el artículo 154 del Código Civil—. Ahora bien, la patria potestad, como responsabilidad parental, en caso de convivencia o separación ha de ejercerse siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (el mencionado art. 154 CC).

Ante un progenitor menor no emancipado, el artículo 157 del Código Civil dispone que el menor ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez.

Sobre tales bases, entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. En los supuestos de ruptura de la convivencia descritos, la patria potestad la continúan ejerciendo ambos progenitores; si bien, ha de consensuar todas aquellas decisiones que, afecten al desarrollo de la vida de los hijos menores. De todas formas, cualquier medida que se adopte en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio se ha de operar sobre el interés superior del menor. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021<sup>8</sup> dispone que «para valorar qué es lo más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea el interés superior del menor en caso, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto de sus derechos». Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2019<sup>9</sup> manifiesta «el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, según el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño (...)».

Ahora bien, cuando la patria potestad y la tutela ordinaria resultan insuficientes para dotar a los menores de la necesaria asistencia personal y patrimonial, la intervención de los poderes públicos mediante un sistema de carácter global, determina que, el cuerpo normativo español ha incorporado, precisamente, im-

portantes avances en la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como en su protección frente a la violencia: así la reforma operada en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (en adelante, LO 8/2015); y la Ley 26/2015, de 28 de julio (en adelante, Ley 26/2015), ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que introduce como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar; de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. De acuerdo a la Ley, los poderes públicos tienen la obligación de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, así como de establecer aquellos procedimientos necesarios para asegurar la coordinación entre las administraciones públicas competentes y, en este orden, revisar en profundidad el funcionamiento de las instituciones del sistema de protección a las personas menores de edad y constituir así una protección efectiva ante las situaciones de riesgo y desamparo.

No obstante, a pesar de dichos avances normativos, el Comité de Derechos del Niño, con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018, reiteró a nuestro país la necesidad de la aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños y niñas, de alcance normativo análogo a la aprobada en el marco de la violencia de género.

De ahí, que, con objeto de cumplir tal mandato, avanzar en la defensa de los derechos de las personas menores, así como reforzar su protección frente a la violencia, se aprueba la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI) como ley integral y con un alcance multidimensional en cuanto abarca desde la prevención detección precoz hasta la actuación inmediata y eficaz frente a la violencia sobre los menores y adolescentes. Nadie duda que, la violencia sobre personas menores de edad es una realidad execrable y extendida a pluralidad de frentes (social, familiar, escolar). En numerosas ocasiones pasa desapercibida por la intimidad de los ámbitos en la que tiene lugar parte de la violencia. Ciertamente, la lucha para erradicar la violencia contra la infancia y la adolescencia es un imperativo de derechos humanos. De ahí, el modelo de protección basado en el enfoque de derechos humanos que, supone priorizar la prevención frente a la atención y la reparación, operar sobre un enfoque integral basado en la interdependencia de todos los derechos y la corresponsabilidad de todos los sujetos públicos o privados obligados a garantizar la protección integral de los menores y adolescentes y, en la necesaria participación en la toma de decisiones que les pueden afectar directa o indirectamente. Precisamente, desde la Convención sobre los Derechos del Niño se ha consolidado la consideración de este como titular de derechos que, hay que respetar y proteger. Lo que también alcanza a aquellos niños, niñas y adolescentes con discapacidad, sujetos especialmente vulnerables y con mayores dificultades para acceder al ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades. No obstante, un notable avance ha tenido lugar con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, adecuando con ello nuestro ordenamiento jurídico a la citada Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Se basa esta Ley

en el respeto de la dignidad de la persona con discapacidad, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso pueda necesitar la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Por lo que, ante situaciones de violencia ofrece soluciones como veremos, en relación con el derecho de visitas al modificar el artículo 94 del Código Civil.

Por otra parte, la LOPIVI otorga un papel primordial a la familia y la califica como entorno seguro, a la vez que implica a las Administraciones públicas para su consecución. Así estas en el ámbito de sus respectivas competencias deberán proporcionar a las familias en sus múltiples formas, y a aquellas personas que convivan habitualmente con niños, niñas y adolescentes, para crear un entorno seguro, el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer los factores de protección, así como apoyar la labor educativa y protectora de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, para que puedan desarrollar adecuadamente su rol parental o tutelar. Esta actuación prevista en el artículo 26.1 implica que, dentro de los planes y programas de prevención las Administraciones públicas deberán incluir, como mínimo, un análisis de la situación de la familia en el territorio de su competencia, que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar.

De forma que, considerando a la familia como entorno seguro, las medidas de prevención en el entorno familiar deberán estar enfocadas a: a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva; b) Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, se promoverá la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento; c) Promover la atención a las mujeres durante el periodo de gestación y facilitar el buen trato prenatal. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo; d) Proporcionar un entorno obstétrico y perinatal seguro para la madre y el recién nacido e incorporar los protocolos, con evidencia científica demostrada, para la detección de enfermedades o alteraciones genéticas, destinados al diagnóstico precoz y, en su caso, al tratamiento y atención sanitaria temprana del o la recién nacido; e) Desarrollar programas de formación a adultos y a niños, niñas y adolescentes en habilidades para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares; f) Adoptar programas dirigidos a la promoción de formas positivas de aprendizaje, así como a erradicar el castigo con violencia física o psicológica en el ámbito familiar; g) Crear los servicios necesarios de información y apoyo profesional a los niños, niñas y adolescentes a fin de que tengan la capacidad necesaria para detectar precozmente y rechazar cualquier forma de violencia, con especial atención a los problemas de las niñas y adolescentes que por género y edad sean víctimas de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta; h) Proporcionar la orientación, formación y apoyos que precisen las familias de los niños, niñas



y adolescentes con discapacidad, a fin de permitir una atención adecuada de estos en su entorno familiar; al tiempo que se fomenta su grado de autonomía, su participación activa en la familia y su inclusión social en la comunidad; y, i) Desarrollar programas de formación y sensibilización a adultos y a niños, niñas y adolescentes, encaminados a evitar la promoción intrafamiliar del matrimonio infantil, el abandono de los estudios y la asunción de compromisos laborales y familiares no acordes con la edad.

En cuanto a la parentalidad positiva indicada como actuación preventiva primordial en el ámbito familiar; el artículo 26.3 a) de la LOPIVI la define como «el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes».

En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental (SAP). Por lo que, no procede alegarlo en los supuestos de ruptura familiar para obtener la guarda y custodia exclusiva o compartida, o un eventual el derecho de vistas.

Ahora bien, con el objeto de favorecer la parentalidad positiva, las Administraciones públicas impulsarán medidas de política familiar encaminadas a apoyar los aspectos cualitativos de aquella en progenitores o quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento. En particular, las destinadas: 1. A prevenir la pobreza y las causas de exclusión social; 2. Favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral en el marco del diálogo social, a través de horarios y condiciones de trabajo que permitan atender adecuadamente las responsabilidades derivadas de la crianza; y, 3. Potenciar el ejercicio igualitario de dichas responsabilidades por hombres y mujeres.

Por su parte, la disposición final segunda de la LOPIVI modifica el artículo 92 del Código Civil para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia. A tal fin dispone el artículo 92.2 del Código Civil que, el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión; y añade en su número 10 que, el juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Ahora bien, ante el incumplimiento de los deberes por parte de los progenitores en un régimen de guarda y custodia monoparental o compartida; como de un derecho de visitas del progenitor no custodio podrá determinar en el ámbito civil la modificación del régimen de custodia inicialmente establecido o la suspensión del régimen de visitas; y, en el ámbito penal determinar el ejercicio de acciones penales por desobediencia grave (art. 556 CP); o en un delito de sustracción de

menores (art. 225 bis CP); o en un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones<sup>10</sup>.

En este contexto, el presente estudio se va centrar en analizar los diferentes criterios de atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, en especial, de la guarda y custodia compartida. Asimismo, trataremos de analizar las últimas reformas de los artículos 92, 94, 103 y 158 del Código Civil en relación con situaciones de conflictividad y de violencia de género y violencia vicaria. Finalmente, nos referiremos a una consecuencia derivada de la atribución de la guarda y custodia individual o compartida y del régimen de visitas, comunicación y estancia que, pueden derivar en situaciones de secuestro o sustracción parental de menores.

## II. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD. EN ESPECIAL, LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

### 1. LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La patria potestad supone un conjunto de derechos y deberes enumerados en el artículo 154 del Código Civil así: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2. Representarlos y administrar sus bienes; y, 3. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Ante la ruptura de la convivencia y siempre velando por el interés del menor, procede señalar que, en nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda. a) La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en lo que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones. Corresponde a un solo de los progenitores la guarda y custodia exclusiva, unilateral o monoparental y respecto del otro progenitor se fija un sistema de visitas, estancias o comunicaciones<sup>11</sup>. Este régimen de guarda y custodia podrán acordarlo los padres en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges (art. 92.4 CC). Si bien, conviene precisar que, la adopción de esta guarda y custodia exclusiva o monoparental puede operar por exclusión de la compartida así: cuando no sea solicitada la guarda y custodia compartida por los padres; cuando no proceda la guarda y custodia compartida; o se excluya por imperativa legal la guarda y custodia compartida ante situaciones de violencia. En todo caso, el juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia *«deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»* (art. 92.6); y, asimismo *«de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior»* (art. 92.9) y, en fin, oír a los menores que tengan suficiente juicio (art. 9



de la LOPJM); b) Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que, en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c) La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Resulta necesario la elaboración de una propuesta de Plan contradictorio en que el solicitante de la guarda y custodia compartida concrete la forma, y contenido del ejercicio en aras siempre del interés superior de menor; y, una buena relación entre los progenitores, como veremos<sup>12</sup>. Dentro de este tipo de guarda y custodia cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres los que entran y salen del único domicilio<sup>13</sup>; 4. La guarda compartida y la atribución de la vivienda a los hijos menores y uno de los progenitores<sup>14</sup>; d) Guarda y custodia encomendada a abuelos, parientes u otras personas que así lo consintiere y, de no haberlos, a una institución idónea. Admitida la demanda el juez, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar con audiencia de estos, excepcionalmente que, los hijos sean encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren (terceros) y de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerá bajo la autoridad del juez (art. 103.1.ª CC). Se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos, en que ninguno de los progenitores puede asumir el cuidado del menor<sup>15</sup>.

Ahora bien, en caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar estos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (art. 172 CC). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de la posterior declaración de desamparo que, comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él.

Sobre tales bases, con la Ley 30/1981, de 7 de julio, —pese a la falta de referencia normativa expresa a excepción de la mención indirecta en el artículo 92.4 del Código Civil—, no se impedía la guarda y custodia compartida, pero ante la postura mayoritaria de rechazo de la jurisprudencia por entender que podía afectar al adecuado desarrollo de las relaciones paterno-filiales, la práctica habitual era la atribución unilateral o exclusiva de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, que solía coincidir en la mayoría de los casos con la figura materna y donde se establecía un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio —normalmente el padre— (art. 159 en relación con los arts. 90 y 103 CC)<sup>16</sup>. Asimismo, el sistema legal hacía muy difícil la adopción de tal modalidad de guarda en los procesos contenciosos, lo que propició la práctica excepcionalidad de la misma, a lo que habría que añadir las escasas solicitudes por parte de los progenitores de esta modalidad de guarda

y custodia. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio al reformar la legislación anterior de divorcio también dio cierto impulso a la custodia compartida, al determinar que la guarda y custodia exclusiva no se configure como la única modalidad de guarda tras la situación de crisis matrimonial, sino que además se regula —con la exigencia de una serie de requisitos formales— como otra posibilidad la guarda y custodia compartida, pues, como justifica en su exposición de motivos, lo que hay que procurar, es el mejor beneficio para el menor. A tal fin, se dedica el artículo 92 del Código Civil que, precisamente no proporciona una definición legal de la guarda y custodia compartida o conjunta, refiriéndose, no obstante, a esta figura con expresiones tales como «ejercicio compartido de la guarda y custodia» (apartado 5), «guarda conjunta» (apartado 7) y «guarda y custodia compartida» (apartado 8), correspondiendo tal labor a la doctrina y a la jurisprudencia<sup>17</sup>. Recientemente, ha sido modificado dicho artículo 92 por la Ley 8/2021, de 2 de junio por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, de la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Ahora bien, tal régimen de guarda y custodia descansa sobre tres principios fundamentales: el principio de interés del menor<sup>18</sup>; el principio de igualdad de ambos progenitores y el principio de coparentalidad/corresponsabilidad<sup>19</sup>. Respecto al principio de superior interés del menor viene reconocido como criterio preferente en prácticamente todas las normas nacionales e internacionales que afectan o inciden sobre los menores de edad. Así en nuestro ordenamiento, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor —reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio— señala que «1. *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*». Con la reforma se viene a dotar de contenido al concepto de interés del menor y se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, en último lugar, este principio es, además, una norma de procedimiento. 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. Por lo que, sobre estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del

principio. Asimismo, en el artículo 9 de la citada Ley Orgánica 1/1996, también reformado por la Ley Orgánica 8/2015, reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que está directamente implicado y del que se debe derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social<sup>20</sup>. Con la nueva redacción se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado; y, se sustituye el término suficiente juicio por el de madurez, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense, que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que, es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia. En todo caso, en la implementación de tales principios, en el ámbito internacional cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12); además, el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, e íntegramente reproducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en el que se establece que *«los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrá expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez»*. También la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Principios 12 y 14); y, el Reglamento CE/2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental [arts. 12.1 b) y 3 b), 15.1 y 5 y 23] —en vigor desde el 1 de marzo de 2005—.

En este contexto, el principio de interés superior del menor supone que, este tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores<sup>21</sup>; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses; es un criterio básico que ha de inspirar la actuación de los particulares como de los poderes públicos, y en relación con estos últimos, y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a la petición de parte; es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observado por los jueces y tribunales<sup>22</sup>; ha de ser precisado caso por caso, en base a la información y pruebas practicadas que debe ser valoradas, y dando lugar a una decisión motivada. Y se introduce como una cláusula general que comprende un principio general del derecho y se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado<sup>23</sup>.

Ciertamente, el interés superior del menor se reconoce como principio rector del derecho a mantener relaciones paternofiliales en las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del

artículo 10.2 de la Constitución española con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). A ello se añade que, de modo expreso, el artículo 39.4 de la Constitución española dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», de tal modo que este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990, consagra el «interés superior del menor» como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Así, el artículo 3.1 de la indicada Convención establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (STC 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 C). En su artículo 9.3 se establece que «los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño». Y en su artículo 19.2 señala que «los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

También el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, reconoce el «interés superior del niño» y «el respeto de los derechos fundamentales» como principios rectores en este caso de las adopciones internacionales. En fin, nuevamente como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los derechos fundamentales (en adelante reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Reconociendo el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses» (art. 24 del CDFUE).

Finalmente, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014, establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio y que el ejercicio de ningún derecho de visita ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños (art. 31). Recuerda que los

Estados parte pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45).

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha indicado que «para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar» (SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto *Buscemi c. Italia*, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto *R.M.S. c. España*, § 68) y cualquier injerencia en la vida familiar debe estar «prevista en la ley», y que «sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás». La «desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez» (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en numerosas ocasiones que «el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas» (SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto *Eriksson c. Suecia*, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto *Olsson c. Suecia*, § 90).

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «observa que un respeto efectivo de la vida familiar impone que las relaciones futuras entre progenitor e hijo se ajusten sobre la única base del conjunto de los elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo» (SSTEDH de 2 de septiembre de 2010, asunto *Mincheva c. Bulgaria*, § 82, y de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 82), pues «el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52).

Al respecto, existe un amplio consenso de que en todas las decisiones relativas a los niños debe prevalecer su interés superior (SSTEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 135; y de 26 de noviembre de 2013, asunto *X c. Letonia*, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (STEDH de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, § 66). Sin embargo, el interés de estos últimos, especialmente en tener contacto regular con su hijo, sigue siendo un factor a tener en cuenta al equilibrar los diversos intereses en juego (STEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 134). Es en interés del niño que los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, «reconstruir» la familia (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto *Gnahoré c. Francia*, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto *Jansen c. Noruega*, § 88-93).

Por lo que, al evaluar lo que se considera el interés superior del niño, las autoridades nacionales no deben desconocer que «respecto a la protección de la integridad física y moral de las personas frente a terceros, el Tribunal ya expuso que las obligaciones positivas impuestas a las autoridades —en ocasiones en virtud del artículo 2 o del 3 del Convenio, aunque a veces del 8 o

de este en concurso con el artículo 3— pueden implicar que haya un deber de poner en funcionamiento un marco jurídico adaptado para proteger contra los actos de violencia que podrían cometer los particulares» y específicamente «en cuanto a los niños, especialmente vulnerables, los mecanismos creados por el Estado para protegerles de actos de violencia que entren en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8, deben ser eficientes e incluirán medidas razonables de prevención del maltrato en relación con el cual las autoridades tengan o deberían haber tenido conocimiento así como una prevención eficaz que proteja a los niños de formas tan serias de atentar contra la integridad personal» (SETDH, Gran Sala, de 12 de noviembre de 2013, asunto *Söderman c. Suecia*, § 82 y 83, y las que allí se citan). También hay que ponderar las consecuencias negativas a largo plazo que pueda sufrir el menor por la pérdida del contacto con sus padres y la obligación positiva de adoptar medidas que faciliten la reunión de la familia tan pronto como sea realmente posible (STDEH *Jasen c. Noruega*, § 104).

Sobre tales bases, el Código Civil español en su artículo 92, a diferencia también de lo que ocurre en el artículo 373-2.11 del *Code Civil* o en la *Children Act* 1989 inglesa, carece de un listado de criterios o elementos sobre los que las partes y juez puedan operar para determinar en cada caso el régimen de guarda más idóneo para el interés del menor. Tal labor ha sido asumida por la jurisprudencia mediante el desarrollo de tales criterios. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013<sup>24</sup> fija como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5 y 6 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se debe tomar y que se acordará cuando concurren criterios tales como: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva cualquier otro, que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». Y, añade que la redacción del artículo 91 «no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»<sup>25</sup>. Estos criterios son los que deben tener en cuenta el juez para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar y deben atender a la protección del interés del menor<sup>26</sup>. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016<sup>27</sup> establece, además, que es requisito necesario para otorgar la custodia compartida la propuesta de un plan de coparentalidad o plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integren con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que van a tener los hijos una vez producida la crisis de pareja. Y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016<sup>28</sup> anula el régimen de custodia compartida de una menor concedida a su padre y madre porque ninguno de los dos la solicitó, pues, de no existir petición de parte «difícilmente puede valorarse un plan contradictorio adecuadamente informado sobre el que decidir con fundamento en interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia». A tal fin, se ordena a la



Audiencia Provincial de Vizcaya que dictó sentencia, estableciendo la custodia compartida, que pronuncie nueva sentencia en los «estrictos términos» en que se planteó el debate (cada progenitor reclamaba para sí la custodia de su hija) «que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida».

En todo caso, esta falta de mención de criterios o elementos a tener en cuenta por el juez en el artículo 92 del Código Civil contrasta con los desarrollados y fijados por citadas las legislaciones autonómicas, que si han procedido a concretar los factores que deben ponderarse antes de tomar la decisión sobre el sistema de guarda más adecuado al interés del menor<sup>29</sup>.

Es, por ello que, el artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea<sup>30</sup>.

Ahora bien, sea cual sea la posición que se adopte, no parece que la cuestión se deba residenciar en la preferencia entre una u otra modalidad de guarda, sino en dejar a la capacidad decisoria del juez mediante una neutralidad regulatoria, el tipo de guarda que proporciona mayor estabilidad al menor, y protege su interés. En la toma de tal decisión puede resultar conveniente la utilización de algunos de los parámetros contenidos en las diferentes regulaciones autonómicas, o establecidos por el Tribunal Supremo en sus diferentes resoluciones, todo ello sin perjuicio de la utilización de otras medidas que, permitan al juez la adopción de la medida de guarda más beneficiosa para el menor. Ciertamente, la guarda y custodia exclusiva o compartida se otorgará en función del interés superior del menor en cada caso concreto, sin que ninguna forma de custodia se haya de considerar preferente. Por otra parte, de optarse por la guarda y custodia compartida no supone ello necesariamente un reparto igualitario de tiempos de convivencia. La distribución de tiempos y responsabilidades se hará, igualmente, atendiendo al interés del menor.

## 2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, siguiendo a MARTÍNEZ CALVO describe la guarda y custodia compartida «como un régimen de guarda y custodia de los hijos menores que se caracteriza porque ambos progenitores se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia, compartiendo en un plano de igualdad derechos y obligaciones respecto a sus hijos, pero sin que se exija un reparto estrictamente igualitario (aunque sí parecido) del tiempo que los hijos pasan con cada progenitor»<sup>31</sup>.

Por su parte, LATHROP la conceptúa como «aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, que permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos determinados»<sup>32</sup>.

Es por ello que, la guarda y custodia compartida no se debe confundir con la custodia atribuida a uno de los progenitores, concediendo al otro un amplio régimen de visitas<sup>33</sup> y, asimismo, no consiste en «un premio o castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta, precisamente,

los criterios abiertos ya señalados que concretan lo que debe tomarse en consideración a la hora de determinar el interés del menor<sup>34</sup>.

Por lo que, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida siempre que con ello se proteja adecuadamente el interés superior del menor, para lo cual además de atender a los factores o criterios expuestos, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores si tienen suficiente juicio, y lo estime necesario<sup>35</sup> —aunque también se señala la obligatoriedad de la exploración del menor en alguna resolución<sup>36</sup>— bien de oficio, bien a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Judicial o del propio menor; asimismo, habrá de valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba que se hubiera practicado en ella, y, si lo considere conveniente, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados en orden a la determinación del régimen de custodia más idóneo y favorable a los intereses de los menores<sup>37</sup>.

Ahora bien, como precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013<sup>38</sup> «se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, sin que la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Y añade la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de 29 de abril de 2013 que, además, «se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permite 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»; y, además, «la custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores, sino el sistema más adecuado y se adoptará siempre que sea compatible con el interés del menor»<sup>39</sup>. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal Supremo y Sala, de 16 de febrero y de 17 de noviembre de 2015 que con el régimen de guarda y custodia compartida «a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, ya que se ha venido desarrollando con eficiencia»<sup>40</sup>.

En esencia, lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficioso para ellos<sup>41</sup>. Por tanto, no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia del Pleno de 17 de octubre de 2012<sup>42</sup> en cuanto el carácter no vinculante del informe del Ministerio Fiscal.

En este contexto, se ha de partir que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala de lo Civil que, la redac-

ción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea<sup>43</sup>.

Por tanto, la guarda y custodia compartida o conjunta constituye un régimen que pretende superar en beneficio de los hijos la desigualdad de los progenitores, que manteniendo por igual la patria potestad, sin embargo, se ven privados de la custodia que, se atribuye en exclusiva a uno de ellos con el normal establecimiento de un régimen de vistas a favor del otro. Lógicamente, el progenitor que la solicita ha de proponer un plan de ejercicio que no solo sea beneficioso para los hijos, sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual<sup>44</sup>. Se pretende con esta medida «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor»; en definitiva «aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también los más beneficioso para ellos»<sup>45</sup>. Y «tener una situación personal y laboral estable que permita organizar de forma satisfactoria el cuidado y atención de las hijas comunes»<sup>46</sup>.

En todo caso, no se tiene que fijar un régimen de custodia, distribuidos en periodos no homogéneos o un reparto igualitario de tiempos sino lo más equitativo posible<sup>47</sup>, atendiendo siempre al interés superior del menor<sup>48</sup>. Por lo que, no se ha de atribuir cuando cualquiera de los progenitores tiene un horario laboral incompatible como este sistema de custodia; o, los domicilios de los progenitores están en localidades o países diferentes<sup>49</sup>. De tal modo que, la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto. Por lo que, la custodia compartida deberá ser acordada por el juez en aquellos supuestos en los que, valorando las circunstancias del caso, resulte ser la solución idónea para satisfacer el interés de los menores concernidos por la decisión<sup>50</sup>. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2022<sup>51</sup>, precisamente, se estima la guarda y custodia compartida, pues, ambos progenitores cuentan con trabajos compatibles por distancia y horario con el cuidado del menor. Idoneidad por igual, al trasladarse el padre su trabajo con contrato indefinido, ha efectuado un notable esfuerzo para acercarse a la residencia de la menor, a una distancia más que asumible. No pudiendo considerarse una circunstancia razonable en contra, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor, pues, ello sería como petrificar las relaciones familiares. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª, de 11 de mayo de 2022<sup>52</sup> se fija un régimen de custodia que coincide con los días que el padre, que trabaja en la Guardia Civil, tiene libres. De lo que se trata es de adaptar el régimen de estancias de la hija con cada progenitor a las circunstancias de la situación familiar. Ello partiendo de que lo más conveniente para el interés de la menor es establecer la guarda y custodia compartida ya que ambos progenitores tienen «capacidad y actitudes» para atenderla y han colaborado para que su relación con la misma sea estrecha y cercana. El plan propuesto por el padre es claro y sin duda más beneficioso para el menor, ya que periódicamente va a disponer de periodo de tiempo para estar con la misma, los cuales podrán fijarse cada año con la debida antelación,

aunque, trabaja en ciclos de 28 días, hay una previsión de la jornada anual al inicio del año y por tanto, es perfectamente posible que se fijen periodos con la antelación precisa para organizarse y para que la hija no tenga alteración alguna por ello. Destaca, además, la sentencia que el régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con los hijos debe adaptarse a las circunstancias de la situación familiar y garantizar a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores, por lo que no es óbice para instaurarla que no pueda establecerse por semanas, ni por quincenas alternas. En suma, la Sala concluye que los periodos de tiempo en los que va a estar el padre con su hija, aunque no se vayan a suceder siempre con la misma cadencia, se van a conocer cada año con la suficiente antelación, de manera que la menor disfrutará de una «organización estable», no existiendo razón alguna para sostener que va a ser algo «sumamente complejo» para ella, o que «va a tener siempre que estar a disposición de Sr. Silvio, sino que se trata de que los mismos fijen el calendario de visitas anual en el mes de diciembre, para lo cual podrán contar, además con los servicios de mediación y la decisión final del juzgado en casa de no llegar a un acuerdo.

Por su parte, el artículo 92.5 del Código Civil establece que, para que el juez disponga la guarda compartida, debe haber acuerdo de los progenitores manifestado en la propuesta de convenio regulador o, cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento. A falta de acuerdo, ante la petición de uno de los cónyuges y en interés de menor, podrá el juez con informe del Ministerio Fiscal, excepcionalmente acordarla (art. 92.8)<sup>53</sup>. En todo caso, con el objeto de determinar cuál es el régimen de custodia más idóneo (individual o compartida), el juez tendrá que, recabar el informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor<sup>54</sup> y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y especialmente, la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos (art. 92.6)<sup>55</sup>. También podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados en todo «*lo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior*» (art. 92.9)<sup>56</sup>. Además, el juez, al acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación deberá «*adoptar las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos*» (art. 92.10)<sup>57</sup>. Por lo que, además del interés del menor, resulta esencial, como hemos señalado, que el menor sea oído, y en consecuencia, la exploración del menor<sup>58</sup>.

Como indicamos en líneas precedentes, antes se requería que el Ministerio Fiscal emitiera un informe favorable a la custodia compartida, pero la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre declaró inconstitucional el término «favorable»; de modo que, ahora resulta irrelevante si ese informe es positivo o negativo.

De todas formas, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que, benefician al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y, asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar

de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental<sup>59</sup>. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor; así como unas habilidades para el diálogo<sup>60</sup>. Por lo que, en la toma de decisión del juez ocupará un lugar importante la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos<sup>61</sup>. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2022<sup>62</sup> es en este momento cuando se puede adoptar una régimen de custodia compartida porque «parece que empieza a superarse un periodo problemático y difícil, así como a comentarse una situación de cierta estabilidad no solo para el padre, y la madre, cada uno de ellos con su nueva vida, sino también para las menores que, parecen haber alcanzado un equilibrio emocional con ambos progenitores y recuperado referencias al mantenerse en la vivienda familiar y cursar estudios en el mismo colegio, después de haber residido en diferentes domicilios».

Precisamente, las relaciones entre los cónyuges tras la ruptura pueden llegar a ser conflictivas o no, y, en el caso de existir conflicto, este puede derivar, incluso, en supuestos de violencia de género o incurrir en otros tipos delictivos o faltas comunes como delito de coacciones, de injuria, malos tratos.

Ahora bien, debemos señalar que, esta medida relativa a la guarda y custodia que se acuerde, puede ser revisada (modificada) cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior<sup>63</sup>. Tal modificación opera siempre que se acredite que, el interés de los menores está mejor protegido con la custodia compartida que con la guarda exclusiva, atenuándose la exigencia rigurosa de una «alteración sustancial de las circunstancias» para la modificación de las medidas definitivas (*ex art. 90.3 y 91 in fine* del Código Civil y art. 775 LEC). Han de tratarse sobre la base del citado artículo 90.3 del Código Civil de «un cambio cierto»<sup>64</sup>.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016<sup>65</sup> después de declarar que, el artículo 90.3 del Código Civil, en su última redacción establece que: «3. Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el secretario judicial (actual letrado de la Administración de Justicia) o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código». Y que, con esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto, estima la modificación de la medida por un cambio de las circunstancias que, justifican la atribución de un sistema de custodia compartida, disponiendo al respecto que, se dan las siguientes circunstancias que, aconsejan, precisamente, la estimación del recurso por infracción de doctrina jurisprudencial, en interés del menor, al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia: «1. Tras la sentencia de divorcio de 13 de junio de 2011 se modificaron jurisprudencialmente los requisitos para la adopción de la custodia compartida; 2. Este Tribunal lo ha considerado, recientemente, el sistema normal, salvo excepciones; 3. La menor tenía cinco años y en la actualidad diez años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores;

4. El informe de la psicóloga del juzgado aconsejaba en diciembre de 2010 el sistema de custodia compartida. La psicóloga propuesta por el padre, informa en febrero de 2014 que el sistema de custodia compartida es el más idóneo, en este caso. Ambas profesionales oyeron a la menor e informan sobre la misma; y, 5. No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de las circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del artículo 92.7 del Código Civil».

Por lo expuesto, además de estimarse el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, se acuerda el sistema de custodia compartida, dada la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación de la hija con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios.

Asimismo, indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2018<sup>66</sup> que «esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que se adoptó judicialmente la medida y siempre partiendo del interés del menor. Y, lo cierto es que ningún argumento encuentra para con los datos que se han tenido en cuenta en la sentencia, reconocer que algo ha cambiado de una forma significativa para justificar un régimen de custodia distinto, algo que es negado en el informe emitido por el gabinete médico forense, en el que, entre otras cosas, no aconseja el cambio sin consensuar un modelo educativo común y resolver cuestiones como la económica, que pueden estar interfiriendo en la resolución del conflicto, dando a entender que en estos momentos prima más el interés del padre que el de la hija. Esta Sala en lo que aquí interesa —sentencia ya citada de 29 de abril de 2013— ha utilizado algunos criterios tales como los deseos manifestados por los menores y el resultado de los informes exigidos legalmente, además de cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la opinión de la menor expresada en el mismo, determinan una solución distinta de la que fue adoptada en ambas instancias, máxime cuando el intento de custodia compartida genera a la niña un problema de lealtades nada favorable para su estabilidad emocional».

Por otra parte, la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como ha venido concretando la Sala Primera del Tribunal Supremo, si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre y el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia<sup>67</sup>. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de este»<sup>68</sup>.

En fin, resulta curioso mencionar que, el sistema de guarda y custodia exclusiva con derecho de visitas, o de guarda y custodia compartida se puede, tras la



reforma por la citada Ley 17/2021, que se puede concretar en convenio regulador *«el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia, cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal»* [art. 90.1 b) bis del Código Penal]. En esta línea, dispone el artículo 94 bis del citado cuerpo legal: *«La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales»*.

De ambos preceptos se deduce que: 1. Pactado en el convenio o como medida judicial en los procesos de nulidad, separación y divorcio se puede decidir sobre el cuidado de los animales de compañía, confiándolo a uno o ambos cónyuges; 2. No solo se decidirá sobre la guarda y custodia, sino también en caso de custodia exclusiva por un derecho de visitas; 3. Asimismo, se convendrá sobre el reparto de las cargas asociadas al cuidado animal, todo sobre la base del interés de los miembros de la familia y del bienestar animal; 4. Las decisiones sobre la guarda y custodia y derecho de visitas y el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, procederán con independencia de la titularidad dominical del animal, o de a quien le haya confiado para su cuidado; 5. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales<sup>69</sup>.

### III. CONFLICTIVIDAD ENTRE LOS PROGENITORES *VERSUS* VIOLENCIA DE GÉNERO Y VICARIA

También es cierto que, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida<sup>70</sup>. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor<sup>71</sup>, como sucede en los supuestos de conflictividad manifiesta o extrema entre los progenitores especialmente siempre que exista malos tratos y, asimismo, una continua exposición del menor al enfrentamiento entre sus progenitores. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2014 consideró que, no era posible acordar la guarda y custodia compartida, porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaban<sup>72</sup>. Recuerda el Alto Tribunal los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013 y concluye que *«esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»*<sup>73</sup>. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022<sup>74</sup> existen conflictivas relaciones entre los progenitores constatadas en el dictamen psicológico obrante en autos. Discrepancias entre los litigantes con manifestaciones en el ejercicio de la patria potestad, cruce de denuncias penales, tratamiento psicológico en que se encuentra sometida la recurrente por las conflictivas relaciones con el que fue su pareja y padre de sus hijos, que van más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia que trasciende

sobre los hijos. Conflicto vivo y latente. Por lo que, se recomienda la custodia exclusiva a favor de la madre por encontrarse los menores bien adaptados a ella y mostrar esta preferencia. Confirmación del régimen de visitas del padre ampliamente en la sentencia del juzgado, dadas las relaciones positivas con sus hijos y los vínculos de dependencia y afectividad existente entre los menores y su progenitor.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 16 de febrero de 2015<sup>75</sup> ha otorgado la custodia compartida de un niño solicitada por el padre al considerar que la existencia de divergencias entre los padres que sean razonables no imposibilitan este régimen que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el «sentimiento de pérdida», no cuestiona la idoneidad de los padres y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor. De este modo, la citada sentencia indica que «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor; así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)». Asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 13 de abril de 2015<sup>76</sup> al tratarse de un padre absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas por el que le denunció su esposa. Capacitación de los padres al estar implicados emocional y afectivamente con su hija, existir una vinculación de ambos progenitores con esta y proximidad de los domicilios. Se procede a un reparto del tiempo, así la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habilitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer una adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre con el que convivan. La sentencia de este Tribunal Supremo y Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018<sup>77</sup> opera también en este sentido, al haberse sobreesfuerzo las diligencias penales precisas y archivadas por el juzgado. Además de una evidente dirección materna en las afirmaciones del hijo. Por lo que, la búsqueda de enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en sí misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores que, recordemos esta Sala, a partir de la sentencia 2257/2013, debe ser el normal y deseable. Lo que, en esencia, se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencia 368/2014, de 2 de julio). Y, en fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018<sup>78</sup> procede la guarda y custodia compartida al haber sido absuelto de los delitos que le imputaban de violencia en el ámbito familiar por los que había sido acusado.

Ahora bien, en cuanto a la consideración que las discrepancias entre los cónyuges sobre la custodia compartida, no impide su adopción, si se acuerda en interés o beneficio de los hijos, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015<sup>79</sup> cuando señala que «la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de

custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores». Y añade que «las conclusiones del informe psicosocial deber ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos». Por lo que, en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, pues, no analiza la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del «*status quo*». A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con la custodia compartida: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que se ha venido desarrollando con eficiencia.

En cualquier caso, para la adopción del sistema de custodia compartida señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016<sup>80</sup> que «se requiere un mínimo de capacidad de diálogo, pues, sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (art. 92 CC). Y al respecto señala que «en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos».

De forma que, las relaciones entre los cónyuges no son relevantes por sí mismas para tomar la decisión sobre la atribución de la guarda y custodia compartida o individual, sino que es necesario tenerlas en cuenta junto con otra serie de criterios o factores que habrá de valorar el juez, siempre pensando en el superior interés del menor a la hora de determinar el tipo de guarda y custodia.

En ningún caso se acordará la guarda y custodia compartida, cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género, o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos<sup>81</sup>; o haya sido condenado por violencia de género o amenazas al cónyuge<sup>82</sup>.

En la sentencia 350/2016, de 26 de mayo en un caso de violencia doméstica se ha señalado que «partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente»<sup>83</sup>. Asimismo, en la sentencia 23/2017, de 17 de enero se sostuvo que: «A la vista de esta doctrina, debemos declarar que la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de esta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y

un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación»<sup>84</sup>. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2021 destaca que «no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra la integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales. A tal efecto, procede dejar sin efecto la guarda y custodia compartida con fundamento en la existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de los menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida; toda vez que las relaciones de personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de desencuentros propios de la crisis de convivencia, generando un proceso penal abierto»<sup>85</sup>. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 27 de octubre de 2021<sup>86</sup> no procede la guarda y custodia compartida por la condena del padre por violencia de género, maltrato y vejaciones injustas. Además, se ha acreditado el desprecio del padre hacia la madre y el tono vejatorio, humillante con que se dirigía a ella. Resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores y, es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los niños, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualesquiera otros intereses legítimos que pudiera concurrir». Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima. En todo caso, el artículo 94 del Código Civil permite al juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculpaado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Este precepto ha sido modificado por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual —que entró en vigor el 7 de octubre de 2022— disponiendo al efecto que *«el juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpaado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, no acordará la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancias, relación o comunicación del inculpaado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer a través de servicios de atención especializada y realizará un seguimiento periódico de su evolución en coordinación con dichos servicios»*<sup>87</sup>. Por su parte, el artícu-

lo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño. En todo caso, tampoco el deseo del menor resulta por sí solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia<sup>88</sup>.

En este contexto, si bien el artículo 92.7 del Código Civil parte del no establecimiento de la custodia compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la integridad moral del otro cónyuge. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2022<sup>89</sup> el Sr. Celso ha sido condenado por un delito leve de vejación injusta a la pena de 10 días de localización permanente. La ejecutoria penal se archivó por auto de 3 de abril de 2019 y dado que, de acuerdo con el artículo 136 del Código Penal procede la cancelación de los antecedentes delictivos a los seis meses, debemos concluir que no es computable la condena como óbice para el establecimiento de custodia compartida, al no estar incurso el Sr. Celso en una condena penal.

En todo caso, que los progenitores reúnan capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales durante la situación de crisis matrimonial, no se tienen porque verse las mismas mermadas por el hecho normal y habitual, en estos casos, que los padres opten por rehacer sus vidas con nuevas parejas, situación que, incluso puede ser positivo y de interés para el menor<sup>90</sup>; ni por razón de enfermedad de uno de los progenitores<sup>91</sup>.

El artículo 92.7 del Código Civil —reformado por la Ley 27/2021— señala que «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»<sup>92</sup>.

Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima<sup>93</sup>. En todo caso, el artículo 94 del Código Civil permite al juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Si no se acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejerza el régimen de relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo; asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de menores y de la mujer y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

Por su parte, el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En

igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño.

Asimismo, en todas las legislaciones autonómicas se excluye tanto la guarda y custodia individual como la compartida en los supuestos de violencia doméstica y de género, o cuando cualquiera de los progenitores 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 menores y, se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad<sup>94</sup>. 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 (art. 233-11.3 del Código Civil de Cataluña; art. 80.6 del CDFA; y, art. 3.8 b) apartado 1 de la Ley Foral 3/2011); o cuando haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente (art. 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco). Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriormente expuestos y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor; un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores (art. 11.4 y 5 de la Ley 7/2015 País Vasco).

Por lo que, atendiendo a lo expuesto, podemos señalar que, en algunas legislaciones autonómicas resulta necesario que se haya dictado sentencia firme en actos de violencia familiar (art. 233-11.3 del Código Civil catalán; y art. 11.3 de la Ley 7/2015). Sin embargo, en otras no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida cuando se den dos requisitos: 1. Esté incurso en 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, 2. Se haya dictado resolución motivada en la que se constase indicios fundados y racionales de criminalidad (art. 3.8 de la Ley Foral 3/2011; y, el art. 80.6 del Código Foral aragonés). Ni tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia de género (art. 3.8 apartado 2 de la Ley Foral 3/2011; y el art. 80.6 del



Código Foral aragonés). Por su parte, el artículo 92.7 del Código Civil no exige sentencia firme de condena por un delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, sino cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género —indicios de tales ilícitos penales—<sup>95</sup>, o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Sin embargo, consideraríamos conveniente que exista, al menos, sentencia firme de condena, aunque también es cierto que, cualquier cambio de circunstancias permite revisar la medida. Para UREÑA CARAZO<sup>96</sup> resulta necesario, precisamente, la exigencia de sentencia firme, pues, mientras no exista tal sentencia de condena por estos delitos, supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia, que está siendo sacrificado en aras del interés superior del menor. Por ello sería conveniente una regulación más completa del sistema de la custodia compartida. En esta línea de exigencia de sentencia condenatoria 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 hasta la extinción de la responsabilidad penal, se contenía en el nuevo artículo 92 bis.5 del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio aprobado el 24 de julio 2014

Ahora bien, con igual carácter general, se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia individual ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos (derecho de visita), al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal (art. 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco).

Por su parte, cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados establece la disposición adicional cuarta del CDFA señala que, en los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado del artículo 6 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria; y, el artículo 3.8 b) apartado segundo de la Ley Foral 3/2011 de Navarra manifiesta que, también serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

En todo caso, la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor (art. 80.5 del CDFA); ni la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos (art. 5.2 de Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana). Tampoco la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos tal como establece el artículo 3.8 b) apartado 3 de la Ley Foral 3/2011; ni tampoco el deseo del menor resulta por sí solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia<sup>97</sup>.

Ahora bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la no adopción de un régimen de guarda y custodia compartida en supuestos de violencia de género,

en la sentencia de 4 de febrero de 2016<sup>98</sup> cuyos hechos reseñamos brevemente. Así Doña Sabina interpuso demanda contra Don Federico en la que solicitó, en lo que aquí interesa, se le atribuyera la guarda y custodia de sus dos hijos, Benigno y María Ángeles, nacidos en 2010. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores, que la sentencia del Juzgado negó y que la Audiencia Provincial acordó, conociendo del recurso de apelación. La sentencia analiza los dictámenes periciales emitidos por el Equipo Psicosocial y deduce de ellos que ambos progenitores están igualmente capacitados para asumir la guarda y custodia de sus hijos, y que es conveniente para los menores que los dos participen en la vida del mismo con estancias frecuentes y habituales, siendo que el padre tiene disposición e interés en el ejercicio de las funciones parentales. El último dictamen del Equipo Psicosocial únicamente concluye que no hay necesidad de cambios puesto que los menores están adaptados a la situación familiar que permite una relación fluida con ambos progenitores en sus distintas actividades y rutinas diarias, sin que se llegue a analizar las circunstancias del por qué debe darse prioridad a la custodia materna exclusiva frente a la custodia compartida. Doña Sabina formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Únicamente se va analizar el primero en el que denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida para establecer dicho régimen, prescindiendo del interés del menor; obviando que la madre se ha ocupado en todo momento de sus hijos y que las relaciones entre ambos cónyuges en nada benefician al interés de los menores. Sobre tales hechos la citada resolución señala, precisamente, al respecto que «sin duda la Audiencia Provincial acierta en su respuesta a la pretensión del padre. Se establece la guarda y custodia compartida a partir de la integración de los hechos que considera acreditados en los criterios de esta Sala sobre guarda y custodia compartida expresados en las sentencias que cita, como la de 29 de abril de 2013, y que en lo sustancial recoge la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. Nada habría que objetar; por tanto, si no fuera por la incorporación al rollo de esta Sala de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Gernica-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género. La sentencia se dicta por conformidad del ahora demandado con la petición del Ministerio Fiscal y le condena como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar; previsto y penado en el artículo 171. 4.º y 5.º, en relación con los artículos 57.3.º y 48.2.º del Código Penal, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, prohibición de acercarse a D.ª. Sabina a su domicilio, lugar de trabajo, lugar donde resida o cualquier otro frecuentado por ella a una distancia no inferior a 300 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses y privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de 20 meses. La condena se fundamenta en los siguientes hechos probados: Federico...«sobre las 20:00 horas del día 6 de enero de 2015, cuando su ex pareja, Doña Sabina, iba a proceder a la entrega de los hijos comunes en el domicilio del acusado, y con ánimo de causarle a la misma un temor de sufrir un menoscabo en su integridad corporal, le dijo «como no me den la custodia compartida te arranco la piel a tiras, como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar».

La parte recurrida conoce, lógicamente, la sentencia, y ha tenido ocasión de hacer las alegaciones pertinentes sobre la misma al oponerse al recurso. Manifies-

ta que «se arrepintió de sus actos inmediatamente, motivo por el que asumió su responsabilidad mostrando su conformidad con la acusación del Ministerio Fiscal. Y, consciente de que aquel hecho se había producido por su estado de ansiedad y depresión, acudió a la consulta de un psiquiatra para tratar esos problemas».

Pero sus razones no pueden dejar sin repuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala (SSTS de 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre de 2015, que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

Por lo que, a vista de los hechos, el Tribunal Supremo asume la sentencia de instancia, manteniendo la guarda y custodia de los hijos acordada a favor de la madre y deja a la determinación del Juzgado, en ejecución de sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre.

Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 26 de mayo de 2016<sup>99</sup> revoca la custodia compartida de un menor de 7 años concedida a sus padres y la otorga en exclusiva a la madre, ante «la falta total de respeto, abusiva y dominante» que mantiene el progenitor respecto a la mujer. Se inició procedimiento de divorcio contencioso por parte de D.<sup>a</sup> Ana contra D. Raúl, solicitándose la disolución del matrimonio por divorcio, la guarda y custodia a favor de la madre del hijo menor José Augusto, derecho de visitas a favor del padre, fijación de pensión de alimentos a cargo del padre y compensatoria a favor de la mujer. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró disuelto el matrimonio por divorcio, estableció el régimen de guarda y custodia compartida del menor. Recurrida la mencionada resolución, se dictó sentencia en

segunda instancia, desestimando el recurso interpuesto, manteniendo la guarda y custodia compartida del hijo menor del matrimonio y ello pese a constar un procedimiento penal por coacciones contra el marido, por entender que el artículo 92.7 Código Civil debe ser interpretado restrictivamente, al tiempo que no queda acreditado que los hechos hayan ocurrido como relata la mujer, de forma que en el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del apartado 7.º del artículo 92 Código Civil, pues el padre ha quedado incurso en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer, pero no debe olvidarse que la interpretación del artículo 92, apartados 5, 6 y 7, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que «el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos». La sentencia declara probadas «las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida», ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurren otras circunstancias que lo desaconsejen. Se formula recurso de casación por la mujer en dos puntos o motivos: a) infracción del artículo 92.7 Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y, b) infracción del artículo 92 Código Civil, al considerar que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del prevalente interés del menor. El Ministerio Fiscal solicitó ante esta Sala, la estimación del recurso de casación.

Después de declarar esta Sala que, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. E, igualmente, que en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor, parte del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

Por lo que, estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia, al cual deberá aportar la recurrente el auto de incoación de procedimiento abreviado y el informe forense al que nos hemos referido.

Ahora bien, en relación con un derecho de visitas del padre inicialmente restringido por un Juzgado de violencia contra la mujer, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015<sup>100</sup> una vez, constatada la normalización de la relación con el hijo, la ausencia de conflictos o incidencias que aconsejen el mantenimiento del régimen restringido que, además, ha finalizado,

el progreso en las visitas según informes del Punto de Encuentro familiar y la conveniencia del contacto paterno para el desarrollo del menor y en su interés, y, precisamente, en línea con la resolución de la Audiencia, se procede a admitir su ampliación, pues, además «es de resaltar que no el Juzgado de violencia de género suspendió el derecho de visitas del padre en fechas inmediatas al hecho delictivo, de lo que se deduce que en este caso concreto, no constan datos suficientes para entender que un sistema normalizado de visitas pueda generar una situación de riesgo o perjuicio a las menores, por lo que el interés de los menores queda amparado por lo acordado en la resolución recurrida».

En todo caso, fuera de los estrictos casos de violencia de género, para la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015<sup>101</sup> la condena de la esposa por coacciones al haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar no supone desmérito alguno, y las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor y unas habilidades para el diálogo que se presumen existentes en los padres. Y, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 25 de abril de 2016<sup>102</sup> la tensa situación de la pareja unido a una condena penal por injurias impide la existencia de guarda y custodia compartida.

Precisamente, en interés de los menores, se considera que tampoco procede la custodia compartida en los casos de síndrome de alienación parental (SAP) que, conlleva la predisposición negativa de uno de los padres frente al otro<sup>103</sup>.

En todo caso, como precisa el artículo 92.7, el ejercicio compartido de la guarda no procede cuando «*cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por intentar atentarse 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*»<sup>104</sup>. Por tanto, no procede tal tipo de guarda y custodia tanto si se ha iniciado un proceso penal por violencia de género y aún no hay sentencia condenatoria, como si ya la hay, como si para el juez hay indicios de violencia deducible de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas<sup>105</sup>.

De todas formas, esta circunstancia se debe compatibilizar con la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa que, en este caso, se sustanciará en un procedimiento de familia y no en un proceso penal.

De ahí que, ante el difícil encaje, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera, mediante auto de 28 septiembre 2020<sup>106</sup> ha planteado cuestión de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil que, excluye la guarda conjunta, cuando existe un proceso penal entre los cónyuges por alguno de los delitos que indica, por vulneración del principio del interés superior del menor, por la injerencia desproporcionada en la vida familiar de los litigantes tutelada por el artículo 10.1 de la Constitución española, en relación con el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, según la cláusula del apartado 2 del artículo 10 de la propia Constitución y que los poderes públicos están obligados a proteger conforme al artículo 39.1 de la Constitución española; por la injerencia desproporcionada en la vida privada de los litigantes y el libre desarrollo de su personalidad; y la injerencia desproporcionada en la intimidad personal y familiar de los litigantes protegida en el artículo 18.1 de la Constitución española. En el caso de autos, los

litigantes sometieron a la aprobación judicial un acuerdo por el que la custodia de sus hijos la compartían ambos progenitores por semanas alternas, estando pendiente un proceso penal en el que el padre tiene la condición de investigado por delitos relacionados con la violencia de género y la madre está siendo investigada por un delito de violencia doméstica conexo con los anteriores, habiendo ocurrido los hechos de posible relevancia penal antes de la separación de hecho del matrimonio. No hay ningún indicador de falta de idoneidad en ninguno de los progenitores para el ejercicio adecuado de su responsabilidad parental.

Pues bien, en esta cuestión de inconstitucionalidad núm. 4701-2020, promovida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera.

Han intervenido y formulado alegaciones el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado y ha sido ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

El 11 de marzo de 2019, doña M.J.V.C., presentó demanda divorcio contra don J.J.C.M., que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera (divorcio contencioso 531-2019), en la que se solicitaba la custodia exclusiva de los dos hijos menores del matrimonio y, subsidiariamente, la custodia compartida. En su contestación de la demanda el señor C.M., solicitó la custodia compartida.

Por auto de 24 de septiembre de 2019, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jerez de la Frontera, tras apreciar la existencia de indicios de varios delitos —de maltrato (art. 153.1 del Código penal, en adelante, CP), amenazas (art. 169.2 del CP), acoso (art. 172 ter del CP) y contra la libertad sexual (art. 179 del CP), así como una situación objetiva de riesgo— dictó orden de protección a favor de la señora V.C., acordando como medidas cautelares penales la prohibición de aproximación del señor C.M., y la de comunicarse con ella por cualquier medio. También se atribuyó la custodia de los hijos menores a la madre y se estableció el régimen de visitas del padre, con entregas y recogidas a través del punto de encuentro familiar. De la lectura del auto se deduce que a doña M.J.V.C., también se le atribuyó la condición de investigada.

Por auto de 14 de noviembre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera aceptó el requerimiento de inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1, remitiéndole las actuaciones de conformidad con el artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y artículo 49 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC); y por auto de 24 de marzo de 2020, se prorrogaron las medidas civiles adoptadas en el auto por el que se acordó la orden de protección de doña M.J.V.C.

En el acto de la vista del procedimiento de divorcio núm. 23-2020, seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm.1 de Jerez de la Frontera, ambas partes manifestaron que, en relación con las medidas a adoptar respecto de sus hijos menores, habían llegado al acuerdo de solicitar la guardia compartida por periodos semanales. El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente al considerar que, en un caso como este, el artículo 92.7 del Código Civil impedía el ejercicio conjunto de la custodia.

Por providencia de 15 de julio de 2020, el órgano judicial acordó dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 92.7 del Código Civil. En esta providencia el juzgado puso de manifiesto a las partes que el referido precepto podía resultar contrario a los artículos 10.1, 18.1, 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución española, todos ellos en relación con el artículo 10.2 de la Constitución española.

El Ministerio Fiscal consideró procedente el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. También estuvo de acuerdo la representación



procesal de doña M.J.V.C. Por el contrario, la representación procesal de don J.J.C.M., consideró que no era necesario plantearla, al entender que la decisión relativa a la procedencia de la custodia compartida debía adoptarse atendiendo a los intereses del menor, con independencia de la situación procesal en la que se encuentren sus progenitores. No obstante, alega también que, en el caso de que se planteara la cuestión suscitada, debería versar sobre si en un caso como el del presente supuesto, en el que tanto los menores como los progenitores están de acuerdo en que la custodia ha de ser compartida, se puede denegar tal régimen en virtud de lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil a su juicio, el artículo 39 de la Constitución española en relación con el artículo 10.2 de la Constitución española impide llegar a esa conclusión.

Asimismo, por auto de 28 de septiembre de 2020 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil, al considerar que podía lesionar los artículos 39.2 y 4 de la Constitución española por vulnerar el principio que exige actuar atendiendo al interés superior del menor; el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española); el derecho a la vida familiar (arts. 10.1 y 39.1 de la Constitución española), y el derecho a la vida privada (art. 10.1 de la Constitución española en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: CEDH).

En el auto de planteamiento, tras hacer una breve referencia a los hechos de los que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad, indicando que el proceso penal en que se adoptaron las medidas de protección se sigue en el propio juzgado, y que estas continúan vigentes, se pone de manifiesto que en este caso, salvo la circunstancia que el padre de los menores posee la condición de investigado por un delito relacionado con la violencia de género, y la madre tiene también tal condición por un delito de violencia doméstica conexo con los imputados al padre, no existen motivos que justifiquen la denegación de la custodia compartida, pues ambos progenitores están de acuerdo en que esta medida es la más conveniente para los hijos menores. Se indica también que la razón por la que el fiscal no la apoya es únicamente porque lo impide el precepto cuestionado.

El órgano judicial advierte que los progenitores, desde el momento de su separación, han optado por un sistema de custodia conjunta, régimen que no ha sido desfavorable para los niños. También manifiesta que, según han declarado tanto el padre como la madre, los menores desean continuar con ese régimen.

A juicio del órgano judicial, la única causa que podría justificar la denegación del régimen de custodia compartida es que, en este caso, el respeto mutuo entre los progenitores en sus relaciones personales, que es uno de los criterios que ha de valorarse para decidir si procede otorgar la guarda conjunta, juega en contra de esta opción. No obstante, entiende que, según ha establecido el Tribunal Supremo, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes, ni irrelevantes para determinar el régimen de custodia, pues solo se convierten en relevantes cuando afectan negativamente al interés del menor (STS de 7 de junio de 2013, recurso núm. 1128-2012). Por ello, considera que como en este supuesto, el deterioro de las relaciones entre los padres que pudiera derivarse de la pendencia de un proceso penal no ha afectado a los hijos menores —conclusión que deduce del hecho que fuera este el sistema que siguieron hasta que se adoptaron medidas provisionales en la orden de protección concedida a la madre— el único motivo por el que no puede acordar la custodia compartida es la prohibición establecida en el precepto cuestionado.

El órgano judicial que plantea la cuestión sostiene que, los antecedentes parlamentarios de esta norma no permiten interpretarla en el sentido de considerarla inaplicable, cuando se estime que el interés superior del menor, exige que la custodia se ejerza de forma conjunta. Y a la misma conclusión le lleva su análisis sistemático, pues, según afirma, a diferencia de lo que ocurre con otros apartados del artículo 92 del Código Civil en los que se establecen criterios de ponderación para identificar el interés general del menor, el inciso cuestionado establece una prohibición taxativa, que no permite excepciones ni matizaciones. Por todo ello, defiende que «si es el legislador quien ha determinado con carácter general cuál es el interés de los menores ante un supuesto de hecho definido en la ley, no puede el juez prescindir de aquella determinación legal incluso en el caso que se considere que la ponderación efectuada por el legislador le impide resolver del modo más favorable al menor directamente concernido en ese asunto» y por esta razón considera, que no puede inaplicar este precepto, aunque entienda que en el caso que está enjuiciado la custodia compartida, pueda ser mejor para el menor.

Se afirma, por otra parte, que la regla que contiene el inciso cuestionado del artículo 92.7 del Código Civil es aplicable a todos los casos en los que se solicite la custodia compartida, ya sea por uno o por ambos progenitores y hay una causa penal por violencia doméstica en curso contra alguno de ellos. Asimismo, se entiende que el precepto, aunque literalmente se refiere al supuesto en el que «cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal», ha de aplicarse también en los casos en los que son ambos progenitores, los que están incursos en tales procesos, pues, si el legislador considera que la custodia compartida no es compatible con un contexto familiar en el que alguno de los progenitores está incurso en un proceso penal por violencia familiar; esa incompatibilidad concurrirá, con mayor motivo, cuando son ambos progenitores los que han podido incurrir en esa conducta delictiva.

Las razones expuestas llevan al órgano judicial que plantea la cuestión a apreciar que la única interpretación plausible del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil es considerar que el legislador quiso prohibir de manera absoluta la custodia compartida cuando alguno de los progenitores esté incurso en algún proceso penal por alguno de los delitos indicados en la norma. Pone de manifiesto, además, que esta es la conclusión a la que ha llegado el Tribunal Supremo, citando, entre otras, la STS de la Sala de lo Civil de 4 de febrero de 2016 (núm. de recurso de casación 3016-2014), en la que se sostiene que «la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor; que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad».

Por otra parte, el juzgado considera que el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil es inconstitucional, porque vulnera el principio de protección del interés superior del menor que consagra el artículo 39 de la Constitución española en sus apartados, 1, 2 y 4, y supone una injerencia desproporcionada en la vida familiar, que es contraria al artículo 10.1 de la Constitución española en relación con el artículo 8 del CEDH; en la vida privada, que infringe el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española), y artículo 8 del CEDH y en el derecho a la intimidad personal y familiar. Junto a ello se invoca el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del

niño que dispone que «todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño», y el artículo 24.2 de la Carta de derechos fundamentales que recoge este mismo principio. Se cita, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que resuelve el caso tomando en consideración el principio que exige actuar de acuerdo con el interés superior del menor (SSTEDH de 7 de marzo de 2017, asunto *R.L. y otros c. Dinamarca*, §66; de 10 de febrero de 2015, asunto *Penchevi c. Bulgaria*, § 75, y de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, §66).

También se señala que, el artículo 39 de la Constitución española en sus apartados 2 y 4, recoge implícitamente el principio del interés superior del menor (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7) y que este principio se encuentra expresamente recogido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre este principio insiste, en que ha inspirado la regulación de la custodia compartida, así como la jurisprudencia recaída sobre estas normas, advirtiendo que enuncia un concepto jurídico indeterminado que no puede definirse en abstracto, sino que ha de ser identificado en el caso concreto y en función de las circunstancias concurrentes. Ahondando en el régimen de custodia compartida, afirma que el artículo 92.8 del Código Civil excepcionalmente permite que el juez la acuerde, aunque solo la solicite uno de los progenitores, si solo así se protege adecuadamente el interés superior del menor. Sin embargo, el inciso cuestionado, al no prever ninguna excepción basada en el interés superior del menor e impedir la custodia compartida cuando se den las circunstancias que esta norma prevé (que cualquiera de los progenitores esté incurso en un delito relacionado con la violencia doméstica), está limitando el principio de protección del menor que se deriva del artículo 39.2 y 4 de la Constitución española.

Por otra parte, se pone de manifiesto que de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que la esencia de la vida familiar protegida por el artículo 8 del CEDH es la convivencia y que los progenitores y los hijos puedan disfrutar de su compañía mutua constituye un elemento fundamental de la noción de vida familiar (se cita la STEDH de 26 de marzo de 2013, asunto *Zorica Jovanović c. Serbia*, § 68). De ahí que, cualquier medida que impida ese disfrute, constituye una injerencia en el derecho protegido en el artículo 8 del CEDH (se cita la STEDH de 5 de abril de 2005, asunto *Monory c. Rumanía y Hungría*, §70). De esta jurisprudencia deduce que el artículo 8 del CEDH preserva las relaciones entre los progenitores y los hijos con la mayor amplitud posible, por lo que solo pueden ser limitadas cuando lo aconseje el interés superior del menor en atención a las circunstancias concurrentes. Esta consideración lleva a sostener que la prohibición de la custodia compartida que contiene el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil, constituye una injerencia en el derecho a la vida familiar y a la vida privada que, garantiza el artículo 8 de la CEDH.

Afirma, también, que aunque la Constitución española no reconoce el derecho a la vida familiar y a la vida privada, ello no significa que este derecho no tenga protección constitucional, pues su tutela está garantizada por los principios que garantizan el libre desarrollo de la personalidad y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (arts. 10.1 y 39.1 de la Constitución española), citando las SSTC 53/1995, de 11 de abril, FFJJ 3 y 8; 93/2013, de 23 de abril, FJ 8; 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7; 131/2016, de 18 de julio, FJ

6, y 81/2020, de 15 de julio, FJ 11. Por ello, considera que el inciso cuestionado puede ser lesivo de los citados principios constitucionales. Se señala que la proyección de la paternidad y maternidad forma parte del ámbito restringido en el que se desenvuelve la propia personalidad, por lo que se encuentra protegido por el artículo 10.1 de la Constitución española.

Asimismo, el órgano judicial analiza, a continuación, si las limitaciones que impone el artículo 92.7 del Código Civil al principio de protección del menor que se deriva del artículo 39.2 y 4 de la Constitución española; al principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española); a la protección de la familia que garantiza el artículo 39.1 de la Constitución española, en relación con el derecho a la vida familiar y privada (art. 8 del CEDH) persiguen una finalidad legítima y si son razonables y proporcionadas.

A su juicio, esta norma tiene una finalidad legítima pues, por una parte, intenta preservar a los hijos de cualquier forma de violencia que pudieran padecer directamente o indirectamente (si se ejerce sobre el otro progenitor) y, garantizar un adecuado desarrollo del régimen de custodia, pues si la relación entre los padres ha sido o es violenta podría repercutir en el bienestar de los menores; y, por otra, pretende proteger a las víctimas de violencia doméstica, pues no es aceptable colocar a quien ha padecido esta situación abusiva en régimen de igualdad con su victimario, en orden a establecer una relación continuada de colaboración, que permita el adecuado desenvolvimiento del régimen de custodia compartida. No obstante, considera que, si tales medidas no garantizan el interés del menor, las referidas finalidades no podrán considerarse constitucionalmente legitimadas, lo que requiere un examen individualizado de cada caso.

De este modo, el artículo 92.7 del Código Civil, al no establecer ninguna excepción a la prohibición de la guarda conjunta en los casos de violencia familiar, podría no estar atendiendo al interés superior del menor, pues, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, pudiera ser que el interés superior del menor exigiera otorgar la guarda conjunta a los progenitores, que es, a su entender, lo que ocurre en el caso del que trae causa la presente cuestión.

Se señala, además, que en el Código Civil no se impide atribuir la custodia individual a un progenitor que esté incurso en un proceso penal relacionado con la violencia doméstica, pero sí prohíbe otorgar la custodia compartida; lo que podría dar lugar a atribuir la guarda a un progenitor sobre quien el legislador, en el inciso cuestionado, ha proyectado una sospecha de inhabilidad para el desempeño de su responsabilidad basándose en la pendencia de un proceso penal seguido contra él por violencia familiar. Por ello considera que, en estos casos la prohibición de custodia compartida no es acorde con el interés del menor, pues, si su finalidad es apartar al menor de un peligro (del progenitor al que se atribuye la conducta delictiva en el ámbito familiar), la norma resulta irrelevante porque no impide que el menor acabe bajo su custodia. Se afirma también que, la prohibición que esta norma establece, no resulta necesaria, pues se conseguiría el mismo fin estableciendo una excepción que, con las cautelas precisas, permita establecer la guarda conjunta, cuando de las circunstancias del caso resulte que, ese régimen de custodia se adecúa mejor al interés superior del menor.

Por todo ello, considera que el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil podría ser contrario al principio que impone actuar atendiendo al interés superior del menor (art. 39.2 y 4 de la Constitución española); al principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española); al derecho a la vida familiar (arts. 10.1 y 39.1 de la Constitución española en relación con el artículo 8 del CEDH), y al derecho a la vida privada

(art. 10.1 de la Constitución española en relación con el artículo 8 del CEDH), y, en consecuencia, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del referido inciso.

El Pleno del Tribunal Constitucional, mediante providencia de 15 de diciembre de 2020, acordó admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), reservar para sí el conocimiento de la misma, dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme al artículo 37.3 de la LOTIC, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno y a la Fiscal General del Estado, para que se personaran y formularan las alegaciones pertinentes. Asimismo, se acordó comunicar la citada providencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera, para que, de conformidad con el artículo 35.3 de la LOTIC, permanezca suspendido el proceso hasta la resolución definitiva de la cuestión.

Los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado se personaron mediante sendos escritos de 13 y 18 de enero de 2021, en los que ofrecían su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la LOTIC.

El Abogado del Estado, por escrito registrado en este tribunal con fecha de 15 de enero de 2021, tras formular las alegaciones que estimó oportunas, solicitó la desestimación de la cuestión.

El Tribunal Constitucional en sentencia del Pleno, de 12 de julio de 2022<sup>107</sup> inadmite la cuestión de inconstitucionalidad por indebida formulación del juicio de relevancia. Al respecto se argumenta que, en el auto mediante el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad se suscita la duda sobre si la norma cuestionada —en cuanto prohíbe que pueda establecerse un régimen de custodia compartida de los hijos menores cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal por violencia de género o doméstica— puede suponer una vulneración de los derechos constitucionales contenidos en los artículos 10.1, 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución española. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera plantea mediante el expresado auto, si tal prohibición legal puede constituir una restricción desproporcionada al principio del *favor filii* y de libre desarrollo de la personalidad garantizado por la Constitución española, argumentando que pueden existir supuestos, como ocurre en el que está sometido a su enjuiciamiento, en los que, a pesar de que los progenitores estén incurso en procesos penales por delitos de violencia familiar, el régimen de guarda conjunta sea el más beneficioso para los menores. El juzgado entiende que se puede lograr el mismo resultado perseguido por la norma, introduciendo una excepción que, con las cautelas que se consideren necesarias, permita al órgano judicial, establecer la custodia conjunta cuando de las circunstancias del caso resulte que ese régimen se adecua mejor al interés superior del menor.

Sobre tales bases, el Abogado del Estado y la Fiscal General del Estado han solicitado la desestimación de la cuestión. Argumentan, al respecto, sobre el carácter provisional de la medida legal de protección del menor ante situaciones objetivas de grave violencia familiar, que hace primar su mayor beneficio frente a otros bienes o intereses constitucionales.

Por lo que, atañe al juicio de proporcionalidad, el Ministerio Fiscal sostiene la legitimidad constitucional de la medida prohibitiva, en tanto trata de preservar a los menores de cualquier forma de violencia y daño físico o moral, que encuentra su fundamento principal en el mandato del artículo 39 de la Constitución española. La interdicción de la guarda compartida, por consiguiente, ha de reputarse adecuada, en tanto contribuye a una efectiva salvaguarda de niños y madres respecto a un mal cierto.

En cuanto al juicio de necesidad, el Ministerio Fiscal sostiene que, el inicio de un proceso penal por violencia familiar hace que decaiga el presupuesto esencial para el establecimiento de una custodia compartida, que es una relación de respeto mutuo y buen entendimiento entre los progenitores. Tras analizar otras posibles medidas de protección, concluye que, si bien pudieran resultar menos gravosas para los padres, no serían, igualmente, aptas para resguardar la integridad física y moral de los menores.

La medida establecida en el artículo 92.7 del Código Civil, por consiguiente, a juicio del Ministerio Fiscal, debe considerarse proporcionada y ajustada a los cánones que impone la Constitución.

En cuanto a los requisitos procesales para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se afirma que, uno de estos requisitos es el llamado juicio de relevancia, que exige que la decisión del proceso *a quo* dependa de la validez de la norma cuestionada (art. 35.2 de la LOTC). Este requisito, como ha declarado de forma reiterada la jurisprudencia constitucional (entre otras, SSTC 1/2016, de 18 de enero, FJ 2; 175/2016, de 17 de octubre, FJ 3; 57/2017, FJ 1, y 64/2019, de 9 de mayo) tiene como finalidad impedir que, la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita; de manera que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto. Por ello el Tribunal ha afirmado que esta exigencia «constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a su través se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, al carecer de legitimación para ello» (SSTC 166/2007, de 4 de julio, FJ 7; 10/2015, de 2 de febrero, FJ 2, y 1/2016, de 18 de enero, entre otras muchas).

Como declara la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas, STC 255/2015, de 30 de noviembre, FJ 2) para que se cumpla este requisito «debe darse una verdadera «dependencia» (STC 189/1991, de 3 de octubre, FJ 2), o un «nexo de subordinación», entre el fallo del proceso y la validez de la norma cuestionada (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 1). No basta con que el órgano judicial considere que la norma es aplicable al caso, sino que también ha de satisfacerse el requisito de la relevancia, ya que la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es condición suficiente (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 4, y 156/2014, FJ 2)». Por lo que, la ausencia o falta de consistencia de este esquema argumental determina la inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad por falta de relevancia, pues en otro caso al Tribunal «no le corresponde sustituir o rectificar el criterio del órgano judicial al respecto» (STC 44/2019, de 27 de marzo, FJ 2, entre otras muchas).

Además, el Pleno del Tribunal observa que, en el apartado 6 del fundamento de derecho primero del auto de planteamiento se afirma que, por auto de 24 de septiembre de 2019 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jerez de la Frontera se concedió una orden de protección a favor de la señora V.C., consistente en la prohibición de aproximación por parte del señor C.M., a menos de 300 metros y de comunicarse con aquella por cualquier medio. En el auto de planteamiento, apartado 11 del fundamento de derecho primero, se indica que «las medidas de protección siguen vigentes».

El órgano judicial no incluye argumentación alguna —a los efectos del juicio de relevancia que formula— en relación con la existencia y efectos de las referidas medidas cautelares de carácter penal. Si, como se afirma en el auto de



planteamiento, tales medidas siguen vigentes no es posible atribuir a los padres la custodia compartida. Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTS 23/2017, de 17 de enero, FJ 8, y 729/2021, de 27 de octubre, FJ 7), para que este régimen pueda acordarse es preciso que, los progenitores puedan tener comunicación entre ellos, pues solo de este modo pueden adoptarse las decisiones consensuadas. que esta forma de custodia demanda.

En consecuencia, resulta inevitable concluir que, la resolución que haya de dictarse en el proceso *a quo* no depende de la constitucionalidad del artículo 92.7 del Código Civil, pues el juzgado no ha dilucidado si la imposibilidad de acordar la custodia compartida deriva de lo previsto en esta norma, o surge forzosamente de la existencia de unas medidas de protección adoptadas en el proceso penal iniciado por la denuncia formulada por la madre de los menores contra el padre de estos —proceso que se tramita en ese mismo juzgado—. Estas medidas conllevan no solo la prohibición de que el señor C.M. —padre de los menores— pueda aproximarse a la señora V.C. —madre de los menores— a menos de 300 de metros, sino también la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. No existe, por tanto, la «dependencia» (STC 189/1991, FJ 2), o el «nexo de subordinación» (STC 157/1990, FJ 1) entre la resolución que ha de dictar el juez en el proceso y la validez de la norma cuestionada —que la jurisprudencia constitucional exige para tener por válidamente planteada la cuestión—, pues, en tanto se aprecie que siguen en vigor las medidas cautelares de orden penal adoptadas para proteger a la madre de los menores, al impedir estas medidas cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, hacen inviable el régimen de custodia conjunta que solicitan los padres de los menores, con independencia de lo que establece el artículo 92.7 del Código Civil.

En este contexto, por otra parte, no se entiende bien la modificación de este precepto operada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre en la que se añade un último párrafo en el que se establece que tampoco procede la guarda y custodia compartida, cuando existan malos tratos a animales o la amenaza de causarlos al estar ante un medio de controlar o victimizar al cónyuge e hijos víctimas de violencia. Se hace referencia a un nuevo supuesto de violencia vicaria —esto es la que se ejercita sobre animales tanto en el caso de que se causen como se amenace con hacerlo—<sup>108</sup>. Ciertamente, en la atribución de la guarda y custodia compartida como en exclusiva con derecho de visitas, comunicación o estancia se ha de primar siempre el interés del menor. Por lo que, atendiendo al preámbulo de esta ley, esta circunstancia de maltrato animal o de amenaza de causarlo debe concurrir con una situación de violencia de género o doméstica. O, en el caso de concurrir solo tal maltrato animal o la amenaza de causarlo como medio de controlar o dañar al cónyuge e hijos, será un factor o circunstancia más a tener presente por el juez en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad a uno u otro cónyuge o ambos, y en la adopción de cualquiera de sus modalidades.

De todas formas, el régimen de custodia compartida puede acordarse en un primer momento, o con posterioridad en un procedimiento de modificación de medidas por cambio de las circunstancias<sup>109</sup>. No obstante, el incumplimiento reiterado por cualquiera de los progenitores del régimen de guarda y custodia establecido, puede derivar también en su modificación (art. 776.3 de la LEC).

Asimismo, a los efectos que, a nosotros interesa, se modifica el artículo 158 del Código Civil, con el fin de que el juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o el ejercicio de la guarda y custodia, la

suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad.

Ciertamente, en este precepto se enumeran una serie de medidas a adoptar con carácter excepcional compatibles con otras medidas en un proceso penal, civil o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Así, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, podrá dictar las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres; asimismo, aquellas disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda (en caso de convivencia con abuelos como guardadores de hecho). Por otra parte, con el objetivo de evitar situaciones de sustracción internacional de menores de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas; en particular, se prevén en el apartado 5 del citado precepto las siguientes medidas: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; y, c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Tanto esta medida como la de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, se han de adoptar con la debida proporcionalidad al restringir o limitar derechos fundamentales.

Por otra parte, el artículo 92.7 *in fine* del Código Civil —modificado por la citada Ley 17/2021— comprende un supuesto de violencia vicaria en el caso de «*existencia de malos trato a animales, o la amenaza de causarlo, como medio para controlar o victimizar a cualquier de estas personas*». Se utiliza los animales como instrumento para maltratar psicológicamente a los menores y a la mujer por el dolor que les puede causar ver que el agresor maltrata a su animal de compañía con la directa intención de causar daños a aquellos. Se ha presentado el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal en materia de maltrato animal, introduciendo el artículo 340 bis 2 g) del citado cuerpo legal la agravación específica de maltratar a los animales domésticos de la pareja del agresor en la violencia de género con el objeto de causar más daño a la víctima en un contexto de dominación del maltratador como es el hogar. El Pleno del Consejo del Poder Judicial en el Informe presentado el día 24 de noviembre de 2022 se advierte que la nueva regulación puede afectar al principio de proporcionalidad de las sanciones y del conflicto que generan relación con los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna que, no se ven afectados por la futura reforma.

Se constituye como señala MAGRO SERVET como «una especie de «agravante de género» en el maltrato a los animales por medio de la cual se incrementa la pena del propio acto de maltrato a los animales con este fin tendencial». Y añade que «en este escenario, el maltratador actúa como una *especie de cartero psicológico de noticias sobre maltrato futuro* que pueden ocurrir en el hogar, creando un clima irrespirable de miedo y temor de la pareja del agresor y sus hijos hacia el mismo. De esta manera, es sabido que, a la hora de recibir este mensaje de amenazas psicológicas, las víctimas del maltrato en el hogar pueden ser capaces de aguantar el maltrato físico, psicológico y sexual para evitar que el

agresor acabe con la vida de la madre y/o los hijos, tal y como así ha ocurrido en muchas ocasiones con actitud de resiliencia ante el maltrato»<sup>110</sup>.

En este contexto, corresponde, a continuación, referirnos a la sustracción nacional e internacional de menores; para ello trataremos los aspectos civiles y delictuales de lo que implicar sustraer o retener a un hijo menor de edad no emancipado. Por razones de espacio y por la importancia de la materia no haremos referencia a los aspectos procedimentales —competencia judicial, conflicto de leyes, cooperación internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias— y lo que implica la restitución o retorno de menores, máxime si tenemos en cuenta las implicaciones internacionales, pues, en la mayoría de los supuestos tales conductas implican un traslado de los hijos menores a un Estado extranjero —dentro o fuera de la Unión Europea— con la problemática añadida que ello conlleva.<sup>111</sup>.

#### IV. SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES POR EL PROGENITOR CUSTODIO Y NO CUSTODIO

La protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores.

Así, con el fin de evitar, tanto la sustracción del menor como el retenerlo injustamente y la negativa a restituirlo al otro progenitor normalmente aprovechando el régimen de vistas acordado, o el tiempo de guarda y custodia concedido —pues, tal conducta resulta atribuible tanto al progenitor custodio como no custodio—, o las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores. En relación con estas últimas, el Código Civil contempla la posibilidad de adoptar determinadas medidas cautelares en el ámbito civil. A este respecto, como ya mencionamos en líneas precedentes, el artículo 158.3 habilita al juez a los efectos de dictar «3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; y, c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Sobre tales bases, el Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procede a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio, se agrava la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro, cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. Esta falta de regulación fue objeto de duras críticas desde diversas instancias, teniendo en cuenta el número creciente de sustracción o retención de menores por progenitores no custodios o con un derecho de visitas en la mayoría de las ocasiones a otro país. Y aunque existían diversos Convenios Internacionales, la norma penal era deficitaria. Esta preocupación se plasmó en diversas recomendaciones e informes del Defensor del Pueblo con el objeto de suplir esta deficiencia regulatoria y adaptarla a la nuevas circunstancias sociales, pues, entiende la citada Institución

que es necesario un tratamiento específico para tipificar el «secuestro parental» y no solo por lo atentatorio que resultan este tipo de conductas para la libertad del menor; sino también para poder contar con un delito autónomo que permita iniciar los mecanismos internacionales de cooperación, y así dar una respuesta más eficaz a la solución de estos conflictos. Es, por lo que recomienda, se promueva la inclusión en el Código Penal de un nuevo tipo penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países sin el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de órdenes de detención internacional y peticiones de extradición (Recomendación número 66/1999, de 17 de noviembre).

De ahí que, se publicase la citada Ley Orgánica 9/2002 en cuya exposición de motivos señala que, la protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores. A lo que añade que, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor; resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores<sup>112</sup>.

Se añade una nueva sección dentro del capítulo III del título XII del libro II del Código Penal con la siguiente rúbrica: «De la sustracción de menores» y, asimismo, se añade un artículo nuevo en el Código Penal, con el número 225 bis, que se inserta en la nueva sección segunda creada por esta Ley y cuya redacción es la siguiente: «1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2. La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior. 4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción. 5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas».

También se adiciona un nuevo párrafo al artículo 224 del Código Penal con la siguiente redacción: «En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su

*hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa»<sup>113</sup>.*

Por otra parte, se modifica el artículo 622 del Código Penal, que queda redactado en los siguientes términos: *«Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses»*. No obstante, esta falta no continúa vigente en la actualidad, pues, la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo ha suprimido el libro III relativo a las faltas.

Y en el ámbito civil, respecto a las medidas cautelares, esta Ley, por un lado, adiciona un párrafo nuevo en la medida 1.<sup>a</sup> del artículo 103 del Código Civil con la siguiente redacción: *«Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor»*; y, por otro, modifica la redacción del número 3.<sup>o</sup> del mencionado artículo 158 del Código Civil en los siguientes términos: *«3.<sup>o</sup> Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor»*; pasando el número 3.<sup>o</sup> del artículo 158 a ser número 4.<sup>o</sup>, manteniendo la misma redacción<sup>114</sup>. Se trata de medidas a título ejemplificativo que, se pueden adoptar en cualquier proceso judicial civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial ha de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el tribunal ser auxiliado por personas externas que posibiliten el ejercicio de este derecho a ser oído<sup>115</sup>. De todas formas, el artículo 17 de la LOPJM permite al juez adoptar medidas de protección del menor en situación de riesgo.

De nuevo, con la LOPIVI se modifica el artículo 225 bis del Código Penal en su apartado segundo; de forma que, si ambos progenitores ejercen la patria potestad, para el traslado de cualquiera de sus hijos menores de edad necesita el consentimiento del otro progenitor. El apartado 2 del artículo 225 bis queda así redactado: *«2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1. El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2. La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa»<sup>116</sup>*. Y también modifica, de nuevo el artículo 158 del Código Civil al que le da nueva redacción en lo que representa las medidas cautelares. Así dispone: *«El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2.<sup>o</sup> Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.<sup>o</sup> Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4. La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad. 5. La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. 6. La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma».

En este contexto, resultaba necesaria una regulación del delito y, además adaptada a la realidad social actual, si tenemos en cuenta que en el ámbito internacional, España ratificó el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Y, en el marco europeo, resulta de aplicación el Convenio Europeo de Luxemburgo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, escasamente, utilizado por la dificultad y tiempo que conlleva la obtención del exequátur previsto, frente a la acción directa del retorno del menor del Convenio de La Haya; el Reglamento de Bruselas II bis 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre, relativo a la competencia, reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que se aplica hasta el 1 de agosto de 2022, donde se procederá a aplicar el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, normativa europea se parte expresamente en esta materia de aplicación de las disposiciones del Convenio de La Haya, si bien con la complementariedad de las previsiones de sus capítulos III y IV (art. 96). Por lo que, la normativa de derecho internacional privada tuitiva de la evitación del secuestro parental comúnmente aceptada y aplicada que, ha servido de modelo para la configuración y redacción del artículo 225 bis del Código Penal, no diferencia en el traslado ilícito, los supuestos donde la custodia quebrantada era consecuencia de previsión legal, acuerdo con eficacia jurídica por derivada de resolución judicial o administrativa.

De este modo, se procura lograr una tutela efectiva por vía indirecta, de la estabilidad familiar de los menores, pues a pesar de las bondades del Convenio de La Haya de 1980, no siempre el derecho internacional privado resulta eficaz para lograr la restitución del menor a su residencia habitual, así la finalidad primordial de este Convenio, de naturaleza procedimental, no permite entrar a



valorar el fondo del asunto, esto es, con cuál de los progenitores estaría el menor mejor atendido; solo atiende, salvo excepciones tasadas, a reponer la situación precedente a la sustracción, para encauzar por las vías legales establecidas la cuestión de fondo sobre la custodia. De modo que, el superior interés del menor se concreta en el Convenio de La Haya de 1980 en conseguir el retorno del menor sustraído ilegalmente, lo antes posible, a su residencia habitual anterior al secuestro o sustracción, lo que se procurará a través de la tutela del derecho de custodia establecido en su lugar de residencia antes de la sustracción, que en modo alguno queda decidido con la resolución que acuerda el retorno. Atendiendo a lo expuesto, el citado Convenio en su artículo 1 a) se establece, precisamente, que tiene como finalidad «Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante». Se considera el traslado o la retención de un menor ilícitos: a) Cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separado o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercita de forma efectiva; separada o conjuntamente, en el momento de traslado o retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención (art. 3). Respecto a la restitución del menor, establece el artículo 12 que «cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor». Del mismo modo, «la autoridad judicial o administrativa, aun en el caso en que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en el nuevo medio». Además, el artículo 13 del Convenio regula también la no restitución del menor en los siguientes términos: «no obstante, lo dispuesto en el artículo 12, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor, si la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestra: a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) Existe un grave riesgo que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá, asimismo, negarse a ordenar la restitución del menor, si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones».

En cuanto al Reglamento Bruselas II bis tiene en cuenta el Convenio de La Haya y en relación con el mismo, igualmente, en su regulación garantiza la restitución del menor. Así establece en su considerando 17 que «En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del

Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor, puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, esta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído». Por lo que, conforme a lo dispuesto en su artículo 11 intenta la restitución de un menor a su Estado miembro de origen, cuando ha sido trasladado o retenido ilícitamente en otro Estado miembro. Así en primer lugar, hay obligación de retorno del menor, aunque se invoque el riesgo del menor. Al respecto dispone el apartado cuarto del citado precepto que: «Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución». En segundo lugar, resulta necesario que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de la residencia legal anterior del menor dicte su restitución. A ello se refieren los apartados sexto, séptimo y octavo del citado artículo 11. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución. 7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto. 8. Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor. Con esto último, se perfila la ejecución inmediata de la resolución de restitución del menor, por lo que se suprime el *exequatur*.

De todas formas, señala el mencionado Reglamento de Bruselas II bis que «En caso de que se dicte una resolución de no restitución en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, el órgano jurisdiccional debe informar de ello al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes

de su traslado o retención ilícitos. Este órgano jurisdiccional, si aún no se ha interpuesto demanda ante él, o la autoridad central deben dirigir una notificación a las partes. Esta obligación no debe impedir que la autoridad central dirija asimismo una notificación a las autoridades públicas pertinentes de conformidad con el Derecho nacional».

En fin, con respecto al Reglamento (UE) 2019/1111 señalar que, se aplica en «materia civil», lo que incluye los procedimientos de los órganos jurisdiccionales de lo civil y las resoluciones resultantes, así como los documentos públicos y determinados acuerdos extrajudiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Además, la noción de «materia civil» debe abarcar las demandas, medidas o resoluciones, así como los documentos públicos y determinados acuerdos extrajudiciales referentes a la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y conforme al artículo 19 del Convenio de La Haya de 1980, no sean procedimientos sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental, pero estén estrechamente relacionadas con esa cuestión y sean objeto de determinadas disposiciones del presente Reglamento.

Por otra parte, aunque los procedimientos de restitución previstos en el Convenio de La Haya de 1980 no son procedimientos sobre el fondo de la responsabilidad parental, las resoluciones que ordenen la restitución de un menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 deben ser objeto de reconocimiento y ejecución en virtud del capítulo IV del presente Reglamento cuando deban ser ejecutadas en otro Estado miembro como consecuencia de una nueva sustracción ocurrida tras haberse ordenado la restitución, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento de restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980 en relación con la nueva sustracción. Por otra parte, el presente Reglamento debe seguir siendo aplicable a otros aspectos en situaciones de traslado o retención ilícitos de un menor, por ejemplo, las disposiciones relativas a la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual y las disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de cualquier orden que dicte dicho órgano jurisdiccional. Este Reglamento, al igual que el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños debe aplicarse a todos los menores de 18 años, incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo, en casos de emancipación por matrimonio. Esto debe evitar toda posible superposición con el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, que se aplica desde los 18 años en adelante, y al mismo tiempo, evitar lagunas entre los dos instrumentos. En el caso de los menores de hasta 16 años, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980 y, por lo tanto, también el capítulo III del presente Reglamento, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros. En todo caso, a los efectos del presente Reglamento, se debe considerar que una persona tiene «derechos de custodia» cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona, con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional. En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de «custodia» y «visita», el progenitor que no tiene la custodia puede conservar

de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita.

Ahora bien, este Reglamento no debe impedir que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto adopten en caso de urgencia medidas provisionales, incluidas las cautelares, por lo que se refiere a la persona o a los bienes de un menor que se encuentre en ese Estado miembro. Dichas medidas no deben ser reconocidas ni ejecutadas en ningún otro Estado miembro en virtud del presente Reglamento, excepto las medidas adoptadas para proteger al menor de un grave riesgo a que hace referencia el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980. Las medidas adoptadas para proteger al menor de dicho riesgo deben permanecer en vigor hasta que un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor tome las medidas que considere apropiadas. En la medida en que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional debe informar de las medidas adoptadas, directamente o por conducto de las autoridades centrales, al órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del presente Reglamento. No obstante, el incumplimiento de la obligación de facilitar dicha información no debe, como tal, constituir un motivo de no reconocimiento de la medida.

Además, en todos los asuntos que afecten a menores, y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda, cuando corresponda, de las redes y estructuras de apoyo existentes para la mediación en las controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental. No obstante, tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Por otra parte, la mediación puede no resultar siempre apropiada, en especial en los casos de violencia sobre la mujer. Cuando, en el curso de un procedimiento de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980, los progenitores lleguen a un acuerdo no solamente sobre la restitución o no restitución del menor, sino también sobre otras cuestiones de responsabilidad parental, este Reglamento debe permitirles, en determinadas circunstancias, convenir en que el órgano jurisdiccional al que se haya recurrido con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 sea competente para dar efecto jurídico vinculante a su acuerdo, ya sea incorporándolo a una resolución aprobándolo, o de otra forma prevista por la legislación y el procedimiento nacionales. Los Estados miembros que han concentrado la competencia deben, por consiguiente, considerar la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional al que se ha sometido el procedimiento de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ejerza también la competencia acordada o aceptada por las partes en virtud del presente Reglamento en materia de responsabilidad parental si el acuerdo entre las partes se ha alcanzado durante dicho procedimiento de restitución.

En este contexto, el órgano jurisdiccional que deniegue la restitución del menor basándose únicamente en el artículo 13, párrafo primero, letra b), o en el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980, o en ambas disposiciones, debe, de oficio, expedir un certificado utilizando el formulario adecuado establecido en el presente Reglamento. La finalidad del citado certificado es informar a las partes de la posibilidad de presentar demandas relacionadas con el fondo del derecho de custodia ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía de manera habitual el menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, en el plazo de tres meses a partir de la no-

tificación de la resolución por la que se deniega la restitución del menor, o de la posibilidad de notificar a dicho órgano jurisdiccional, en caso de que ya se le hubieran presentado demandas en ese sentido, los documentos pertinentes relativos a la demanda de restitución.

## 1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL TIPO DELICTIVO

El artículo 225 bis del Código Penal se estructura de la forma siguiente: un tipo básico de sustracción que, puede ser cometido de dos maneras distintas: traslado y retención (art. 225 bis 1 y 2). Como indica CALLEJÓN HERNÁNDEZ se configura como tipo mixto alternativo y en un delito especial, dado que solo puede cometerlo quien reúna ciertas cualidades<sup>117</sup>. La pena para este tipo básico es de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad; un tipo agravado de sustracción de menores para el supuesto que el menor sea trasladado fuera del país o se exija algún tipo de condición para proceder a la restitución (art. 225 bis 2); un subtipo atenuado para el caso que el menor sea devuelto antes de veinticuatro horas o se comunique a quien corresponde y en ese mismo plazo de tiempo, el lugar donde se encuentra aquel con un compromiso de devolución (art. 225 bis 4); y, la sustracción de menores por ascendientes o parientes hasta el segundo grado (art. 225 bis 5).

El término sustracción en este ámbito más que hurto o robo fraudulento con que lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua en su segundo acepción, se corresponde, precisamente, con la primera: apartar, separar; y así cuando la norma emplea el término sustracción realiza una tarea de equiparación no tanto con la modalidad de traslado, donde se opera su concreción y definición, como en relación a la modalidad de retención que precisa de asimilación normativa, al no corresponderse semánticamente con la sustracción<sup>118</sup>.

Por su parte, para LORENTE MARTÍNEZ «sustracción o secuestro internacional de menores» es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor del país de su residencia habitual a otro país con infracción de las disposiciones legales<sup>119</sup>.

El artículo 225 bis 2 del Código Penal, asimismo, da una definición legal de sustracción que, se ha visto modificado por la LOPIVI, estableciendo al efecto en este precepto que se considera sustracción:

1. El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. No resulta necesaria la existencia de una previa resolución judicial o administrativa que regule la potestad de los padres<sup>120</sup>. Y para que la decisión de traslado no sea ilícita ha de ser adoptada en interés del menor, pero de mutuo acuerdo<sup>121</sup>.

Señalamos de forma anticipada, que la Ley Orgánica 8/2021 modificó el último apartado de este número 2.1.º, eliminando el requisito de la convivencia habitual, razonando el motivo de ello en el preámbulo de la citada Ley del siguiente modo: «se modifica el tipo penal de sustracción de personas menores de edad del artículo 225 bis, permitiendo que puedan ser sujeto activo del mismo tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias». De esta forma, la interpretación del mencionado precepto permite inferir que la norma presupone una situación en la que un menor se encuentra

bajo la custodia de uno de los progenitores con quien convive habitualmente o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o, aprovechado la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo; de forma tal que, revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal<sup>122</sup>.

2. La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa<sup>123</sup>. En este caso, si se requiere el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa.

De esta definición legal se desprende que, ha de existir previamente una situación de convivencia del menor con uno de los progenitores, y, un ejercicio de la custodia que se quebranta ilegítimamente la voluntad de este.

Asimismo, hay que completarla con el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 que establece que el traslado o retención se consideran ilícitos cuando: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. E, igualmente, el artículo 5 (y en manera derivada el artículo 2 del Reglamento (CE) número 2001/2003) que contenía la definición del término custodia a efectos del Convenio como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el decidir sobre su lugar de residencia; diferenciándolo del derecho de visitas que comprende el derecho a llevar al menor por un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

Ahora bien, se considera también sustracción llevarse a sus hijos sin consentimiento de sus abuelos paternos que eran las personas a las que les estaba confiada la custodia, sin que el hecho de que los abuelos no estuvieran en el punto de encuentro, no faculta a cualquiera de los progenitores a proceder así, esto es, trasladando o reteniendo a los menores<sup>124</sup>.

Se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación<sup>125</sup>. Y de naturaleza pluriofensiva, pues, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.<sup>a</sup>, de 23 de abril de 2021<sup>126</sup>, en el caso del artículo 225 bis 2.2.º además de partir del incumplimiento de una resolución judicial, su inobservancia asimila la configuración de una desobediencia, donde los intereses de la Administración de Justicia, conforman su aportación.

En este contexto, el bien jurídico protegido debe ser el derecho de custodia atribuido a uno de los progenitores, cuyo quebranto determina el traslado o retención ilícita; a la vez que conlleva una desestabilización de las relaciones familiares, y un perjuicio claro al interés superior del menor. Dentro del requisito objetivo, los elementos configuradores atienden a la vocación de permanencia de la conducta de retención y la entidad y gravedad del incumplimiento. Respecto del requisito subjetivo, señalar que, hace referencia a la intención del autor de



retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento y, en suma, frustrar la eficacia del mandato judicial relativo a la custodia. En todo caso, la redacción del segundo apartado del citado artículo 225 bis del Código Penal empleando el término «gravemente», como el propio significado de la palabra «sustracción» que, implica un apoderamiento definitivo, excluyen, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, esto es, aquellas de cuyas circunstancias queda inferir que pervive la intención de devolver al menor hacer cesar la retención en un periodo razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor; pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos<sup>127</sup>.

En este contexto, para MOLINA FERNÁNDEZ «se trata de un delito que protege principalmente los derechos y las condiciones de ejercicio de los deberes del progenitor o institución responsable del menor en el momento de cometerse el hecho»<sup>128</sup>. Igualmente, MARTOS NÚÑEZ considera el bien jurídico protegido «el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar»<sup>129</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021<sup>130</sup> lo que se tutela es la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través de un tipo penal que se configura como una infracción del derecho de custodia en directa inspiración, pero con la autonomía propia, de la definición de secuestro ilegal contenida en el Convenio de La Haya, en evitación que la custodia sea decidida por vías de hecho, al margen de los cauces legalmente establecidos para ello. En cuya consecuencia, añade, el bien jurídico protegido debemos concretarlo en el genérico mantenimiento de la paz en las relaciones familiares, en el derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores también en crisis familiar, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos. Por lo que, como claramente precisa el Alto Tribunal, se atiende a evitar las potenciales consecuencias que la violación del derecho a la custodia supone y el modo en que se realiza, al margen de los cauces jurídicos para resolver los conflictos, cuando no se logra el acuerdo entre las partes o directamente contrariando la resolución recaída en el cauce establecido. De ahí que, concluya la Sala indicando que «se sanciona la conducta del progenitor que desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. En definitiva, desestabilizar en el modo reseñado las relaciones familiares con el menor, sin que la crisis posibilite que el deterioro carezca de límite; y donde la permanencia de los menores en el ámbito familiar, social, geográfico y cultural, de especial impronta en la normativa del derecho internacional privado, al margen del criterio para establecer la norma de conexión, no es tanto el aspecto que se tutela como una consecuencia favorecida con la estabilidad de las relaciones familiares y la evitación de conductas de sustracción».

Asimismo, indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 10.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2021<sup>131</sup> que lo que se sanciona «es la conducta del progenitor que se desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia a espaldas de los cauces legalmente previstos. En definitiva, desestabilizar las relaciones familiares con el menor, sin que la crisis posibilite que el deterioro carezca de límite; y donde la permanencia de los menores en su ámbito

familiar y social, geográfico y cultural, de especial impronta en la normativa de derecho internacional privado, al margen de criterio para establecer la norma de conexión, no es tanto el aspecto que se tutela, como una consecuencia favorecida con la estabilidad de las relaciones familiares y la evitación de conducta de sustracción». Ello se corresponde con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras proclamar el interés superior del menor, en su apartado tercero establece que todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses. Igualmente, la Circular de la Fiscalía General del Estado, aunque indica que, la *voluntad legislatoris* de la Ley Orgánica 9/2002, obedece a la necesidad de instituir una forma agravada de desobediencia, cuando en expresión propia indica la finalidad de la reforma, asimismo, incide en la defensa de los derechos del progenitor custodio y, lógicamente también en el cumplimiento de las resoluciones atributivas de tal custodia. De forma que, no se exige que el denunciante sea el progenitor custodio, pues, puede ser, como veremos, autor del delito el progenitor custodio máxime si se trata de custodia conjunta por atribución legal o custodia compartida por resolución judicial o convenio judicialmente aprobado<sup>132</sup>.

Al respecto, conviene indicar que, aunque con frecuencia se invoque el interés superior del menor y la propia Convención de los Derechos del Niño de 1989 exhorta a los Estados parte a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (art. 11); y este sin duda, resulta esencial al integrar un primordial criterio de ponderación interpretativo o criterio referencial metodológico, no menos cierto es que, sigue precisando de un anclaje en un concreto bien jurídico tutelado por la norma penal.

Sobre tales bases, la conducta típica del tipo básico del delito regulado en el artículo 225 bis 1 del Código Penal además, de la acción típica de traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las que estuviese confiada su guarda o custodia; y la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa<sup>133</sup>; la ausencia de una causa justificada<sup>134</sup>; y, la ausencia de consentimiento del otro progenitor.

Para SUÁREZ-MIRA «consiste en sustraer al hijo menor, siendo irrelevante la aquiescencia del este»<sup>135</sup>. En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de enero de 2015<sup>136</sup> cuando señala que «la preferencia o voluntad de los menores que se alega por viajar con su padre, frente a lo dispuesto en el convenio homologado judicialmente es irrelevante».

No obstante, si concurre causa justificada o falta de intencionalidad no existe delito<sup>137</sup>. A tal fin, cuando se trata de un mero incumplimiento civil<sup>138</sup>.

Nos referimos a la posible alegación del estado de necesidad del artículo 20.5 del Código Penal y el error vencible o invencible sobre la causa de justificación consistente en la inexigibilidad de otra conducta según lo previsto en los artículos 14.1 y 3 del Código Penal. En cuanto al estado de necesidad propio o ajeno inevitable tiene como notas esenciales la inminencia del mal, real y grave y su inevitabilidad por las vías lícitas y para verificar la inexistencia de otras vías inocuas para otros bienes jurídicos o menos gravosas, acudiendo a un juicio racional basado en la experiencia y considerando la situación concreta en que se encuentra el sujeto activo que, deberá acreditarla. El Tribunal Supremo interpreta actualmente el estado de necesidad como el mal que se evita, sin que haya otro medio de evitarlo, atendidas las circunstancias del hecho y del sujeto.

Ello responde a la idea que la inevitabilidad no puede ser exigida en términos absolutos que, desconozcan estas circunstancias valorativas o la eximente sería, así, de imposible aplicación. En concreto, la sentencia de 29 de noviembre de 2001 recoge los requisitos del estado de necesidad: 1. La inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infligiendo un mal al bien jurídico ajeno; 2. Que el mal que amenaza sea actual, inminente, grave. Injusto e ilegítimo; y 3. Que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto, antes de proceder antijurídicamente<sup>139</sup>.

Por otra parte, tiene objeto sancionar ciertos comportamientos que atentan contra los derechos del progenitor custodio y, en última instancia, contra el interés superior del menor. Ahora bien, para que la retención del menor sea penalmente relevante no basta con que tal conducta impida el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación civil a los padres, pues es necesario que medie una resolución judicial o administrativa que determine el contenido concreto de las facultades atribuidas al progenitor perjudicado; de manera que tal retención a que se ha hecho mención suponga la frustración de tales facultades y el correlativo incumplimiento del «deber» a que se refiere el tipo penal. Este aspecto es de capital importancia para ponderar hasta qué punto la fundamentación ofrecida por los órganos judiciales ha contemplado, en toda su extensión, la descripción de la conducta típica sobre la que necesariamente se proyecta el elemento culpabilístico.

Desde esa óptica, el contenido de la resolución judicial se erige en elemento esencial de la figura delictiva, ya que lo que en ella se acuerde, permitirá esclairar hasta qué punto se ha incumplido gravemente el deber al que se refiere la norma penal. Ciertamente el artículo 225 bis del Código Penal no contiene referencia explícita a que el autor deba conocer el contenido de las resoluciones citadas; por ello, al no ser un elemento específicamente descrito en el enunciado de la infracción penal, la relevancia que, en suma, revista este aspecto ha de ser ponderada en el ámbito propio de la culpabilidad, pues, conforme a lo establecido en el artículo 5 del Código Penal «no hay pena sin dolo o imprudencia», de tal modo que, solo pueden reputarse delictivas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley (art. 10 del Código Penal)<sup>140</sup>.

De forma que, como el Código Penal no prevé la modalidad culposa de la sustracción de menores, la única fuente de culpabilidad anudada al artículo 225 bis del citado Código Penal es el dolo; de ahí que, solamente si concurre intencionalidad en la conducta del autor cabrá entonces atribuir responsabilidad penal al autor por los hechos cometidos<sup>141</sup>. La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2013 identifica dolo con «la voluntariedad de retención del menor» sin efectuar mención alguna del elemento de permanencia; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 8.<sup>a</sup>, de 9 de junio de 2021<sup>142</sup>, por su parte, señala que «la hipótesis típica del delito se satisface con conocimiento de la obligación de entregar al menor y la voluntad de no cumplir las resoluciones judiciales o administrativas y este conocimiento debe entenderse colmado en la modalidad de dolo eventual o dolo de indiferencia. El comportamiento de la acusada nos lleva a inferir que tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta, siendo suficiente con que tuviera conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad (dolo eventual)».

En cuanto al sujeto activo del delito es el progenitor y tras la LOPIVI, tanto el progenitor que convive habitualmente con el menor de edad como el progenitor que lo tenga en su compañía en régimen de estancias. Las sentencias del

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de enero de 2016<sup>143</sup>; de 23 de abril de 2021<sup>144</sup> y de 23 de marzo de 2022<sup>145</sup> reconocen que podrá ser sujeto activo el progenitor custodio. De ahí que, se indique en la penúltima resolución citada que, cada vez, es más frecuente que en la resolución judicial que atribuye el derecho de custodia a uno de los progenitores, se incluya la condición que no se podrá trasladar la residencia del menor sin antes haberlo comunicado a la autoridad judicial que dictó sentencia y sin el consentimiento del otro progenitor; y en la última «no se trata de que solo el progenitor custodio pueda incurrir en traslado o retención ilícita, pues, esta exclusión del sujeto activo, solo resulta predicable del progenitor que tiene la custodia en exclusiva, aunque la patria potestad sea conjunta como sucede ordinariamente por ministerio de la ley, aunque no medie resolución judicial, quien traslada ilícitamente al menor, puede incurrir en delito, al igual que, en caso de custodia compartida; lo relevante, es infringir el régimen de custodia». Por lo que, como precisa el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 2.<sup>a</sup>, de 15 de junio de 2021<sup>146</sup> no se exige que el denunciante sea el progenitor custodio.

Ciertamente, en esta línea, el artículo 154 del Código Civil ha sido modificado por la LOPIVI y en su párrafo tercero número 3 se destaca que la función de la patria potestad comprende entre otros deberes y facultades la de decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Por otra parte, el artículo 225 bis.5 amplía los sujetos activos del delito, imponiendo las mismas penas cuando la conducta delictiva la lleve a cabo: los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Si bien, la interpretación del tipo penal de sustracción de menores ha de ser restrictiva, solo alcanza a los progenitores y parientes consanguíneos o afines dentro del segundo grado y su acción, a las conductas que contravienen una previa resolución judicial o administrativa atributiva de la custodia<sup>147</sup>. Por lo que, la progenitora sí puede ser sujeto activo del delito<sup>148</sup>.

En cuanto al sujeto pasivo, lo será el otro progenitor del menor, tutor o guardador de hecho. Con la LOPIVI, como indica CALLEJÓN HERNÁNDEZ, «el debate acerca de si el progenitor custodio podía o no cometer el delito en la modalidad de retención ha desaparecido, así como también las dudas concernientes a si era posible aplicar el tipo en supuesto de falta de resolución judicial y la limitación que implicaba la atipicidad del traslado producido por el progenitor al que se había atribuido la guarda y custodia»<sup>149</sup>. Y, asimismo, indica que, el objeto material del delito «es el propio menor que resulta trasladado o retenido, en definitiva, sustraído por alguno de los sujetos con capacidad para ejecutar la acción: el progenitor, los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad»<sup>150</sup>. En cambio, la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos de la Fiscalía General del Estado entiende que, en estos casos, la conducta de sustraer ha de ser subsumida en el tipo de detención ilegal. No se sabe bien porque se opta por tal planteamiento.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021<sup>151</sup> ha aclarado que se comete un solo delito, aun siendo varios los menores sustraídos en base al bien jurídico protegido. Al respecto argumenta que «en relación a la descripción de la conducta típica, la conducta típica, la conducta de la sustracción y las definiciones o asimilaciones de la misma, en el artículo 225 bis se realizan en singular: «sustrajere a su hijo

menor», «el traslado de un menor», «la retención de un menor» que describen exactamente sobre quien recaer la acción, pero no abarca la integridad de los sujetos afectados por el mismo, que como título y capítulo que albergan al artículo 225 bis, siempre resulta que la familia en su conjunto. El derecho de custodia quebrantado es, pues, el del progenitor; que es el instituto sobre el que se estructura la conducta típica; y la desestabilización de las relaciones familiares que conlleva es la que se proyecta sobre el menor desplazado o retenido. Pero en el caso que hubiere más menores no desplazados, también resultarían potencialmente afectados por el enrarecimiento de sus relaciones familiares, aunque sobre ellos no pivote el derecho de custodia quebrantado; restan privados de esa relación, tanto con el menor distanciado o retenido, como con el progenitor que decide desconectar su relación; de modo que, resultarían afectados en similar medida a si hubieren sido desplazados o retenidos de forma conjunta con otro hermano. Y aunque deban ponderarse criterios contrapuestos, de modo que no debe entenderse que favorezcamos, desplazar a todos los menores que integran el núcleo familiar en caso de su sustracción por un progenitor; tampoco resulta oportuno como política criminal, en contra del criterio general del artículo 92.5 del Código Civil, adoptar soluciones concursales que favorezcan punitivamente la separación de hermanos». A lo que añade que «resulta además esta conclusión de afirmar un solo delito, aunque los menores trasladados o retenidos por su progenitor en un mismo acto, sean varios, congruente con la entidad de la pena conminada, donde su gravedad posibilita, en el margen establecido hasta cuatro años de prisión, responder al desvalor material de dicha acción». En definitiva «el artículo 225 atiende al interés superior del menor; a través de la sanción del quebranto del derecho de custodia, en aras de disuadir esta conducta con penas severas y lograr en todo caso su retorno con el custodio; pero como informa el Ministerio Fiscal, no atiende a bienes personales del menor, que restan por resolver; sino a que se encauzan su determinación a través de las vías legales establecidas; protección formal del derecho de custodia por quien efectivamente lo ejerce con un título aparentemente válido, sin exigencia de afectación a bienes personales de los menores, que determina que resulte más convincente cuando de varios menores afectados por una misma sustracción se trata, su punición como único delito».

Se opuso voto particular por los magistrados Leopoldo PUENTE SEGURA y Javier HERNÁNDEZ GARCÍA. Basan su discrepancia en la idea que lo que se está definiendo en el artículo 225.2 bis es el objeto de la acción no el objeto de protección que, en este caso, son cosas distintas. En coherencia con ello, el artículo 225 bis en su número 1 describe la conducta por referencia al progenitor —delito especial en cuanto restringe el círculo de posibles sujetos activos— que sin causa justificada sustrajere a su hijo menor —expresándose deliberadamente en singular—, sin que tampoco la ubicación sistemática del precepto, en el capítulo correspondiente a los delitos contra los derechos y deberes familiares, excluya la presencia de bienes jurídicos personalísimos y de titularidad individual como objeto de protección. Asimismo, indican que, si como creen, el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores, proyectada en su derecho a la relación parental armónica con ambos progenitores, libre de abuso de poder y la arbitrariedad de uno de ellos, la consecuencia es que dada la acción típica —la sustracción o la retención (ambas como en el caso que nos ocupa)— habrá tantos delitos en concurso real como menores se hayan visto afectados. Por otra parte, señalan que, un entendimiento distinto, además, se enfrenta con la consecuencia que, como se mantiene en la

sentencia ampliamente mayoritaria de la que discrepan, el bien jurídico protegido por el tipo penal que contempla el artículo 225 bis del Código Penal resulta ser en exclusiva el derecho parental del progenitor con quien el menor convive y aquel se lesiona con independencia del número de menores que hubieran sido sustraídos y si además, como también se añade, el interés de los menores que no lo fueron resulta igualmente lesionado, en la medida en que la desaparición de su hermano priva de estabilidad el entorno familiar; creen obligado concluir a partir de estas premisas que, consideran erróneas, que la sucesiva sustracción de varios menores por el mismo sujeto activo habría de constituir una conducta atípica. Además, la naturaleza personal del bien jurídico lesionado —la vida privada y familiar— su íntima relación, además, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, justifica su tratamiento concursal desplazando fórmulas de unidad normativa de acción. Por lo que, concluyen que, a su parecer la Sra. R., de forma no justificada sustrajo, primero y retuvo, después a sus dos hijos, lesionando el derecho a la estabilidad personal y emocional; por lo que cometió dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis. No se limitó a lesionar, el derecho del padre a comunicar y mantener con sus hijos una sostenida relación, sino que, además, principalmente, incluso el derecho de cada uno de los menores, sin causa justificada a relacionarse en condiciones sostenidas de normalidad con su padre.

En este contexto, se trata de un tipo doloso, como hemos señalado, que requiere dolo directo, pero que no exige que la libertad y la seguridad del menor corran peligro<sup>152</sup>. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 15 de marzo de 1983<sup>153</sup> —con relación al artículo 484 de la época (sustracción de un menor de siete años castigada con la pena de presidio mayor)— en sus considerandos tercero y cuarto señala que «(...) debe reconocerse que en estas sustracciones protagonizadas por los padres no padece normalmente la «seguridad» del menor entendida como la abstracta exención de daños y riesgos a no ser que el atentado a la seguridad se extienda, como ha hecho una meritoria construcción doctrinal, a la mera ruptura de la relación del menor con las personas encargadas de su protección y custodia, estimando en definitiva que, el bien jurídico protegido es la familia en su concreción de derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o instituciones afines de mera guarda. (...) lo cual no impide apreciar la existencia de un delito de desobediencia cuando media un mandato o requerimiento judicial o la existencia de un delito de coacciones si con vías de hecho o mediante actos violentos de la propia autoridad se infringen determinaciones adoptadas sobre los hijos en un convenio o pacto de separación conyugal, o simplemente —interponiendo medios coactivos— se rompe una situación constituida de puro hecho, como fue en este caso, la creada por el padre de las menores, reservando la grave calificación penal de sustracción de aquellos supuestos en que la acción del padre o de la madre, inspirada en motivaciones éticas atendibles, puede acarrear grave daño o poner en peligro o riesgo la seguridad del menor; dando a esta expresión un *lato* sentido que abarca desde su vida e integridad física o moral, hasta la interrupción de una relación de familia sustituyéndola por otra en que estén conocida e irreversiblemente ausente las funciones de vigilancia, custodia y educación que la formación integral del menor demanda». No obstante, MOLINA FERNÁNDEZ indica que «en algunos casos, sí puede haber afectación a la seguridad, por ejemplo, cuando el progenitor responsable tenga una orden de alejamiento por la previa comisión de actos ilícitos»<sup>154</sup>.

Si bien, aunque no se exige que la concreta libertad y seguridad del menor corran peligro, pues, entonces son otras las tipicidades a considerar; no obstan-



te, se entiende de modo genérico que desconocer por vías de hecho la custodia establecida y alejar al menor de su entorno, potencialmente le origina múltiples riesgos y dificultades de muy diversa índole (afectivo, psicológico, material, etc.), para lo cual se debe atender a tutelar el interés del menor con la urgencia del retorno donde la custodia antes del secuestro establecida y ello se logra con la imposición de penas especialmente disuasorias. Y, aunque, es cierto como hemos indicado en líneas precedentes, el artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980 prohíbe resolver sobre el fondo del derecho de custodia; una vez efectuado el retorno y sometida la controversia a resolución judicial, nada obsta para que el progenitor que realizó el traslado o la retención ilícita, incluso aunque existiese resolución judicial en contrario, pues las situaciones que deben ponderarse son cambiantes siempre se resuelven en función de cuál sea el interés del menor en cada momento. En definitiva, el artículo 225 bis del Código Penal atiende al interés superior del menor, a través de la sanción del quebranto del derecho de custodia, en aras de disuadir esta conducta con penas severas y lograr en todo caso su retorno con el custodio. No se atiende, por tanto, a bienes personales del menor sino a encauzar su determinación a través de las vías legales establecidas. Protección formal del derecho de custodia por quien efectivamente lo ejerce con título aparentemente válido, sin exigencia de afectación de bienes personales de los menores afectados por una misma sustracción<sup>155</sup>.

Asimismo, es «un delito de consumación instantánea y de carácter permanente, pues, la situación antijurídica continua hasta que no se restituya al menor a quien tiene la custodia»<sup>156</sup>.

De todas formas, esta conducta dolosa recaerá sobre el hijo menor de edad. Y la pena prevista en el artículo 225 bis 1 es la conjunta de: prisión de dos a cuatro años; e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por el tiempo de cuatro a diez años. En el subtipo agravado de sustracción de menores, el artículo 225 bis 3 supone la imposición de la pena en su mitad superior cuando: el menor sea trasladado al extranjero; o fuese exigida alguna condición para su restitución. No obstante, el artículo 225 bis 4 apartado primero establece una excusa absolutoria por la cual el sujeto activo quedará exento de responsabilidad penal cuando concurren alguna de las circunstancias que se enumeran de forma alternativa: la comunicación del paradero del menor dentro de las veinticuatro horas siguientes a la devolución del menor; o la ausencia del menor no superior a veinticuatro horas. El plazo empieza a computarse tras la denuncia del hecho<sup>157</sup>. Por su parte, en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 225 bis se prevé un subtipo atenuado cuando la restitución se realice dentro de los quince días siguientes a la fecha de la sustracción. A los efectos del cómputo del plazo, la fecha que ha de tenerse en cuenta es la fecha de la denuncia de la sustracción. La pena que se impone a este subtipo atenuado, es la de prisión de seis meses a dos años<sup>158</sup>. En fin, el delito de sustracción de menores se puede calificar en grado de tentativa, habida cuenta del riesgo inherente al intento (art. 62 del Código Penal) y rebajarse la pena en un grado<sup>159</sup>.

En este contexto, como precisan acertadamente, por un lado, MARTOS NÚÑEZ se trata de un delito pluriofensivo que «lesiona o pone en peligro diversos intereses del menor; cuales son, su libertad, su seguridad, la familia, la paz en las relaciones familiares y a la patria potestad o la tutela»<sup>160</sup>. CALLEJÓN HERNÁNDEZ, por su parte, señala que se trata de «un delito especial, afectándole los conflictos propios de esta especie de delitos, sobre todo en lo concerniente a la participación» y, añade «el legislador ha optado por la creación de un tipo especial que incluyen al progenitor, pero también a otra serie de parientes»<sup>161</sup>.

Y, en fin, para SERRANO TÁRRAGA indica que «es un delito de consumación instantánea y de carácter permanente, pues la situación antijurídica continúa hasta que no se restituya al menor a quien ostente la custodia»<sup>162</sup>.

En todo caso, el incumplimiento de una resolución judicial relativa a la guarda y custodia de menores puede derivar en un delito de desobediencia tipificado en el artículo 556.1 del Código Penal<sup>163</sup>.

Por otra parte, este delito que sirve de título de condena —la sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal— conlleva la posibilidad de solicitar responsabilidad civil que nace siempre que sea posible trazar, en términos probatorios suficientes, y una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio que se reclama. Daño como objeto indemnizatorio que, como precisa el artículo 113 del Código Penal se extiende a los daños materiales y morales consecuentes a la producción del hecho y no a los daños patrimoniales<sup>164</sup>. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 22 de abril de 2022<sup>165</sup> procede la indemnización por daños morales derivados de la situación de intenso estrés emocional que padecieron tanto los hijos comunes menores de edad —de ocho y diez años de edad—, como la madre, la Sra. Antonia, con motivo de acción sustractiva y, además los hijos fueron sometidos a factores aflictivos como la pública divulgación de su identidad en medios de comunicación anunciando, asimismo, la intención de no entregarlos a su madre y la necesidad de la intervención coercitiva de la policía para que cesara la injusta sustracción.

Ahora bien, frente al indulto concedido a Juana Rivas, su ex cónyuge ha interpuesto recurso contencioso-administrativo 416/2021 contra el Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre, publicado en el BOE número 275 de 17 del mismo mes y año por el que se ordena «conmutar a doña Filomena la pena privativa de libertad impuesta por otra de un año y tres meses de prisión, y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos por la pena de ciento ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, a condición de que no cometa el mismo delito por el que fue condenada en el plazo de cuatro años desde la publicación del Real Decreto».

Se suplica en la demanda, con carácter principal, que se declare la nulidad del Real Decreto y, de manera subsidiaria, que se declare la nulidad de la conmutación de la pena de inhabilitación por la de trabajos en beneficio de la comunidad, como se ordena en el Real Decreto.

A los efectos de un mejor examen del recurso planteado resulta procedente dejar constancia de las actuaciones de las que trae causa el mencionado Real Decreto que se impugna, a tenor de lo que resulta del proceso y su expediente.

La persona indultada en el Real Decreto impugnado, Doña Filomena, había sido condenada por sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo 339/2021, de 23 de abril, dictada en el recurso de casación por infracción de ley 1665/2019, interpuesto por la mencionada condenada, contra la sentencia 98/2019, de 7 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 257/2018, de 18 de julio, por el Juzgado de lo Penal número 1 de los de Granada, dictada en el procedimiento abreviado 71/2018.

La sentencia del juzgado condenó a la indultada, por dos delitos de sustracción de menores, a la pena de dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos, con accesorias de privación del derecho de sufragio pasivo, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años de sus hijos y a la indemnización al recurrente en 30000 €.

Interpuesto recurso de apelación contra la mencionada sentencia se estima parcialmente el recurso y se anula la sentencia del juzgado en el concreto extremo de la cuantía de la indemnización fijada, que se reduce a la cantidad de 12 000 €.

En la sentencia de casación, la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, de 23 de abril de 2021<sup>166</sup> como analizamos, anula la sentencia de la Audiencia Provincial y declara que procede condenar a la beneficiaria del indulto por un solo delito de sustracción de menores, con la pena de dos años y seis meses de prisión *«con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante seis años de sus hijos ...»*, manteniéndose la misma cuantía de la indemnización.

En cuanto a la tramitación del procedimiento de indulto, a tenor de lo que resulta del expediente (propuesta de resolución), una vez solicitado, entre otros, por la misma interesada el indulto total de las penas impuestas, se procedió a recabar, conforme a las prescripciones legales, el informe del Tribunal sentenciador el cual, a su vez y dado que la indultada no se encontraba internada en un Centro Penitenciario, se interesó informe de la Subdelegación del Gobierno de Granada que, a su vez, lo recaba de la Unidad contra la Violencia sobre la Mujer de la Guardia Civil; habiéndose dado audiencia al Ministerio Fiscal y al ahora recurrente, en su condición de perjudicado por el delito penado.

En dicho trámite de informes, tanto el Tribunal Supremo, como el órgano sentenciador, como el Ministerio Fiscal, informaron desfavorablemente la concesión del indulto total, si bien, por lo que se refiere a la Sala sentenciadora, se produce una divergencia, con igualdad de votos de los magistrados que formaron Sala, sobre la concesión del indulto parcial, existiendo igualdad de votos en favor y en contra de la concesión del indulto parcial; sin que el propio Tribunal considerase que, dada la naturaleza del informe, no debería tener calidad de voto dirimente el emitido por su Presidente ni era procedente el incidente procesal de discordia. También el Ministerio Fiscal se muestra contrario a la concesión del indulto total pero no al parcial.

En el referido informe emitido por la Unidad contra la Violencia sobre la Mujer de la Guardia Civil se hacen constar las condiciones económicas, personales y laborales de la Sra. Filomena y la existencia de dos denuncias contra el padre de sus hijos, que fueron archivadas.

Por su parte, en el informe de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo que instruyó el expediente para la concesión del indulto, se acepta de manera unánime por todos los magistrados de la Sala, la improcedencia del indulto total, como ya había propuesto en su informe previo el Ministerio Fiscal. Sin embargo, en relación con el indulto parcial se produce la peculiar situación de que, en palabras del mismo informe: *«la Sala se ha demediado a la hora de debatir las conclusiones finales de este informe. Exactamente, son ocho magistrado/as favorables al indulto parcial y ocho magistrado/as partidarios de no informar favorablemente el ejercicio de cualquier forma de derecho de gracia»*. Se suma a esa coincidencia el hecho de que no se consideró aplicable, dada la naturaleza del informe, acudir al incidente procesal de Sala de Discordia de los artículos 163 y 164 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por lo cual el informe fue elevado al Gobierno con esa doble opción.

El recurrente, perjudicado por el delito penado, se muestra contrario a la concesión del indulto, tanto total como parcial.

En la justificación de la propuesta, que es la finalmente acogida en el Real Decreto que se revisa, se opta por el indulto parcial, dado que había unanimi-

dad de la Sala sentenciadora a la denegación de concesión del indulto total y, en relación con el parcial, solo eran favorables la mitad de los magistrados y el Ministerio Fiscal. Por otra parte, se considera que por el grado de cumplimiento y la situación penitenciaria de la Sra. Filomena comporta que *«la rebaja de la pena privativa de libertad pueda considerarse secundaria respecto de la necesidad de remitir la de inhabilitación... el principal objetivo perseguido por la solicitante de la medida de gracia... evitar el efecto que produciría en la determinación del régimen de guarda y custodia de sus hijos...»*.

Conforme a los mencionados criterios, se opta por la concesión parcial del indulto, rebajando la pena privativa de libertad *«a la mitad»*, así como *«conmutar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por otra de trabajos en beneficio de la comunidad... Es decir, dejar la condena en: Pena de un año y tres meses de prisión y ciento ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad»*. Con ello, se razona, esa condena conmutada es *«la más ponderada, ya que supone una rebaja sustancial de la pena privativa de libertad acompañada de la sustitución de la inhabilitación por otra de trabajos en beneficio de la comunidad, opción que se prevé en el artículo 13 de la Ley del Indulto, se estaría dando solución al problema que representa la inhabilitación de cara al establecimiento de un régimen más flexible de guarda y custodia, sin incurrir al perdón total de la pena, que pasa a cumplirse mediante otra de la misma escala no susceptible de afectar al régimen de custodia o visita»*.

Como medidas de seguridad para garantizar la efectividad de las penas impuestas en sustitución, se impone como condición para dicha concesión del indulto que *«su no cumplimiento por la condenada provocará la revocación de su concesión por falta de la debida observancia...»*. Entre dichas condiciones se imponen la de que *«su beneficiaria no cometa nuevas conductas delictivas relativas a los derechos y deberes familiares... el plazo de condicionalidad se puede ajustar al previsto inicialmente para la pena privativa de libertad, es decir, dos años y medio, o a la pena de inhabilitación, seis... Como opción intermedia y más recomendable en términos de proporcionalidad, cabría establecer cuatro años de condicionalidad...»*.

Especial mención merece el apartado incluido en la propuesta sobre las *«razones para el indulto de Filomena»*, en el que se hace referencia a su motivación con los siguientes argumentos: *«El carácter excesivo o desproporcionado de la pena impuesta... la valoración que se hace sobre el carácter excesivo o desproporcionado de la pena de prisión atiende a criterios que trascienden la legalidad penal en que se fundamentó la condena. Es una valoración basada en razones de justicia o equidad y que se centra en el concepto de indulgencia para moderar la sanción penal más allá de lo que correspondería con la estricta aplicación de la ley. Es la idea a que apela el propio Código Penal, en su artículo 4, cuando habilita a los jueces y tribunales a valorar si la aplicación rigurosa de la ley conduce a la imposición de una pena que resulta notablemente excesiva en atención al mal causado y las circunstancias personales del reo... las razones que motivan la concesión del indulto por este motivo deben atender al mal causado y a las circunstancias personales del reo. En este caso, son sobre todo las particulares circunstancias en las que se encuentra la señora Filomena y sus hijos las que permiten llegar a la conclusión de que, teniendo en cuenta el mal causado con la retención de los menores, las penas impuestas generan un sufrimiento excesivo. Estas razones personales, familiares y sociales, son precisamente las que esgrime el Ministerio Fiscal en su informe para recomendar la concesión de un indulto parcial»*.

Uno de los aspectos más determinantes a la hora de valorar estas razones es la situación de angustia y tensión experimentada por los hijos, que se refleja a su

vez en la propia solicitante, tal y como acreditan varios especialistas médicos y reconoce el Tribunal en el informe que emite como órgano sentenciador... la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad está teniendo y puede seguir teniendo de manera irreparable en los hijos de la solicitante, se opta por remitir parcialmente la pena de prisión y conmutar la pena de inhabilitación especial por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Se concluye que «los fines retributivos y preventivos de la pena impuesta no resultan particularmente afectados con esta medida de gracia. Por una parte, porque la medida se toma en atención a una situación personal y familiar muy concreta y excepcional, caracterizada por el temor con el que la solicitante afronta la posibilidad de ser separada de sus hijos. Por otra parte, por el buen comportamiento mostrado por la solicitante desde el momento de producirse la condena, no solo satisfaciendo la responsabilidad civil, sino también cumpliendo escrupulosamente las medidas civiles adoptadas en relación con los menores. Esta conducta revela una renuncia a las vías ilegales para la consecución de su propósito de obtener la guarda y custodia de sus hijos, tal y como constatan los informes tanto del Ministerio Fiscal como del Tribunal Supremo».

Conforme a la mencionada propuesta y atendiendo a los presupuestos y circunstancias de la solicitante del indulto, así como a los fundamentos jurídicos contenidos en la misma, se aprueba el mencionado Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre, publicado en el Boletín Oficial del Estado 275 de 17 de noviembre de 2021, tramitado en el expediente de indulto Tribunal Supremo 18/21 a instancias del Ministerio de Justicia, por el que se concedió indulto a doña Filomena.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de julio de 2022<sup>167</sup> ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el padre de los niños y perjudicado por el delito contra el Real Decreto por el que se ordena conmutar a la condenada la pena privativa de libertad de 2 años y 6 meses que se le había impuesto en casación (la citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021) por otra de 1 año y 3 meses de prisión, y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos durante 6 años por la pena de 180 días de trabajos en beneficio de la comunidad, a condición de que no cometa el mismo delito de sustracción por el que fue condenada en el plazo de 4 años desde la publicación del Real Decreto Ley.

Con ello, se rechaza así la nulidad del Real Decreto en su conjunto que, solicita el recurrente con carácter principal y, también la de la conmutación de la pena de inhabilitación que pretende de manera subsidiaria.

A tal fin, en primer lugar, niega el Tribunal Supremo que concurren irregularidades en la tramitación de la medida de gracia y, en concreto que tengan carácter invalidante los defectos que invoca el demandante que, reprocha el dictamen del Tribunal sentenciador que fue remitir al Gobierno sin haber recabado informe sobre el arrepentimiento de la indultada y sin solicitar el informe del director del centro penitenciario.

Por otra parte, antes de analizar estos reproches, la Sala de lo Contencioso-Administrativo llama la atención sobre las peculiaridades que confluyen en el informe que la Sala Segunda del Tribunal Supremo debía emitir como Tribunal sentenciador. Explica que, si bien todos los magistrados se mostraron contrarios al indulto total, no ocurrió lo mismo con el parcial, respecto del cual la Sala se dividió por la mitad, sin que se considerase procedente, dada la naturaleza del informe, acudir al incidente procesal de Sala de Discordia, de modo que fue ele-

vado al Gobierno con esa doble opción: indulto parcial, por un lado, y exclusión de cualquier forma de derecho de gracia, por otro.

Pasando a examinar lo relativo al arrepentimiento, indica el Tribunal Supremo que, el artículo 25 de la Ley de Indulto, cuando determina los datos que deben constar en el dictamen del Tribunal sentenciador, no exige un informe sobre el arrepentimiento del solicitante del indulto, sino que alude a las pruebas o indicios del arrepentimiento que se hubiesen observado, y señala que, aunque se hubiese omitido toda referencia al arrepentimiento, tal omisión no tendría carácter invalidante, pues reiteradamente ha afirmado la jurisprudencia que el contenido del informe que marca el precepto no puede considerarse como un listado taxativo.

A ello añade que, en el caso, no puede negarse que se haya cumplido con el trámite, ya que, dada la naturaleza del delito por el que fue condenada la indultada, debe reputarse suficiente a los efectos de lo que impone dicho artículo el haber procedido al cumplimiento del régimen de visitas y de la responsabilidad civil conforme a lo impuesto en la sentencia. Incide en que de lo que se trata es de acreditar, no tanto el acto interno de arrepentimiento, sino de su enmienda en el sentido de subsanar los daños. Se trata, de este modo, de que existan manifestaciones sobre el rechazo a la vulneración de los bienes jurídicos que se han lesionado con la comisión del delito, lo que, a juicio del Supremo, sucede con el sometimiento al régimen de visitas con los menores y el cumplimiento de la responsabilidad que, como reparación, se impuso por la condena penal.

En efecto, es importante poner de manifiesto, en contra de lo que parece sostenerse en la demanda, que lo que se requiere no es en realidad un informe sobre el arrepentimiento de la solicitante del indulto, en nuestro caso, sino, como dice el precepto, de «las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado»; exigencia lógica porque el arrepentimiento, conforme a su definición, constituye un acto interno de la persona —«*sentir pesar por haber hecho o haber dejado de hacer algo*», según el Diccionario—, que comporta una dificultad de valoración y acreditación incompatible con la finalidad que se impone en el precepto examinado. Ni el Legislador decimonónico ni la interpretación que nos imponen los principios constitucionales actuales, serían congruentes con traer al procedimiento una acreditación de que el condenado que solicita el indulto realmente, en su fuero interno, tiene ese «*sentir mal*» por lo realizado. Solo podrá descubrir ese sentimiento por los actos externos de los que pueda deducirse, que es lo que exige el precepto con las referencias a las pruebas o indicios.

En suma, de lo que se trata es de acreditar, no tanto el acto interno de arrepentimiento, sino de su enmienda en el sentido de subsanar los daños; esto es que existan manifestaciones, pruebas, sobre el rechazo a la vulneración de los bienes jurídicos que se han vulnerado con la comisión del delito, en el caso de autos, el sometimiento al régimen de visitas con los menores y el cumplimiento de la responsabilidad que como reparación, se impuso por la condena penal.

A continuación, descarta también el otro defecto formal aducido, referido a que el Tribunal sentenciador no había solicitado el informe del director del centro penitenciario. Argumenta que la interesada no se encontraba en prisión al tiempo de solicitar el indulto, sino en un centro de reinserción, por lo que fue correcta la actuación de la Sala de lo Penal que, conforme al artículo 24 de la Ley de Indulto, interesó el informe directamente del Subdelegado del Gobierno.

Seguidamente se centra el Tribunal Supremo en la pretensión subsidiaria de nulidad de la conmutación de la pena de inhabilitación especial. Rechaza que esa conmutación, en virtud del artículo 170 del Código Civil tenga que ir precedida de una decisión judicial. Explica que la pena de inhabilitación sigue el régimen



propio de todas las penas, tanto para su imposición como para su extinción. Subraya que el Código Penal dispone de manera taxativa y, sin exclusión alguna, que todas las penas se extinguen, entre otras causas, por el indulto, conforme a su artículo 130.1.4.<sup>a</sup> de la LEC, y si ello es así, resulta indudable que ese artículo 170 no puede afectar a esa extinción de la pena, ya que todo lo que concierne al ámbito de las penas, en cuanto alcanza a derechos fundamentales, debe tener un rango de Ley Orgánica del que carece el Código Civil.

Además de lo anterior, si el reproche que se hace es que el informe se emite por el Subdelegado del Gobierno cuando, a juicio del recurrente, debiera ser emitido por el Jefe del Centro Penitenciario, debe recordarse que el artículo 24 exige que debe ser emitido, bien por el Jefe del Centro Penitenciario o por el Gobernador Civil —la Ley, pese a haber sido modificada en 2015 sigue manteniendo esa terminología—, y esa alternativa está en función de si el solicitante de indulto se encuentra o no cumpliendo condena en uno de dichos Centros. Y es lógico que así sea porque si la finalidad del informe es acreditar, en palabras del artículo 25, «su conducta posterior a la ejecutoria», dicha prueba no puede sino aportarla aquel organismo que tuviera al penado bajo su custodia. Y si ello es así, es lo cierto, como resulta de las actuaciones, que la indultada no se encontraba cumpliendo su condena en un Centro Penitenciario, sino en un Centro de reinserción social; de tal forma que, si se hubiese recabado el informe al Centro Penitenciario en el que inicialmente la indultada había ingresado, por pura lógica, dicha autoridad debería haber recabado, a su vez, la información de dicho Centro de reinserción. Y buena prueba de ello es que el mismo Tribunal sentenciador interesó el informe directamente de la Subdelegación del Gobierno.

Por último, excluye la Sala que incurra en arbitrariedad la decisión del Gobierno de conmutar la pena de privación de la patria potestad por la de trabajos en beneficio de la comunidad. Afirma que constan en el expediente las razones de justicia, equidad o utilidad pública que justifican el indulto, aunque sea sin unanimidad. Entiende que, si el Tribunal sentenciador tiene sobradas dudas sobre la concesión del indulto parcial, plasmadas en la postura contraria de la mitad de sus miembros, no parece lógico reprochar al Ejecutivo arbitrariedad por haber seguido una de las dos propuestas que se le remitieron.

Ciertamente, la Ley de Indulto se exige que del Acuerdo de indulto se desprendan las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» a las que, de forma expresa, se refiere su artículo 11: *«razones a las que también alude su exposición de motivos cuando señala que la concesión del indulto ha de llevarse a cabo “con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social”... (y, si bien es) Obvio es que el control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar), ni a la valoración del contenido de los requisitos formales (esto es, al contenido de los informes reglados a los que se refiere la LI), pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública”; especificación a la que ha de llegarse “con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir”».*

Es decir, si bien la decisión sobre el indulto queda al margen de control, es lo cierto que, por la vía de evitar la arbitrariedad, que se proscribe con carácter general para todos los poderes públicos en el artículo 9.3.º de la Constitución, pueden y deben los Tribunales de Justicia determinar la legalidad de la decisión,

en si misma considerada. Y en ese sentido se declara en la sentencia *«la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida»*.

Esa línea que sobre ese control abre la arbitrariedad se refleja en la sentencia en términos de suma claridad cuando declara que *«no contamos con ámbito de revisión jurisdiccional respecto de la decisión de indultar, ni podemos adentrarnos en las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones que consten en el expediente, pues nuestro ámbito llega, como hemos expresado, al control de la concurrencia de los elementos preceptivos, sin poder discutir sus respectivos contenidos. Pero sí debemos enjuiciar si las “razones de justicia, equidad o utilidad pública”— que necesariamente deben de constar en el Acuerdo y que pueden responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las de carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar), cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente. Dicho de otra forma, entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” (legalmente exigibles), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente “asequible”, por el que debe transitarse con los instrumentos de la lógica jurídica. Si el legislador ha establecido la obligación de seguir un procedimiento para la concesión o denegación de los indultos, que ha de materializarse y documentarse en un expediente administrativo, y si el mismo legislador exige “que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional”, obvio es que el legislador ha pretendido que de esa “tramitación documentada” se desprendan las tan citadas “razones de justicia, equidad o utilidad pública”, legalmente exigibles, pues, de otra forma, la absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa. En consecuencia, hemos de tener acceso para comprobar si la operación jurídica llevada a cabo por el Consejo de Ministros, dirigida a especificar y revelar las expresadas razones —a la vista del expediente tramitado—, que constituyen el interés general de tal actuación, ha conseguido realmente tal finalidad en el terreno —asequible para nosotros— de la lógica y la racionalidad jurídica, pues, si bien se observa, la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad, y en consecuencia todos los actos del Poder Ejecutivo y de la Administración han de ser racionales»*.

Por tanto, se insiste, entre la intocable decisión de la concesión —o denegación— de un indulto, tras el seguimiento del procedimiento establecido (en el que ha de constar la solicitud de los preceptivos informes y los demás elementos reglados), y la especificación en el Acuerdo de concesión de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» —variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional—, se nos presenta como exigible un proceso lógico que no puede resultar arbitrario, y del que ha de desprenderse que las expresadas razones no son una construcción en el vacío.

Se trata, pues, de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente —cuyo contenido no podemos revisar— para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica. Lo que podemos comprobar es si la concreta

decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente, pues, ha sido el propio legislador el que ha limitado la citada discrecionalidad a la hora de ejercer la prerrogativa de gracia, materializada en el indulto, estableciendo las razones a las que ha de responder el mismo, las cuales deben constar en el Acuerdo de concesión.

Ello obliga a la Administración a «aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican» (SSTS de 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985); motivos y fines que, en el ejercicio del derecho de gracia, son las conocidas «razones de justicia, equidad o utilidad pública».

Pues bien, la aplicación de tal doctrina al caso de autos no permite concluir, como se pretende en la demanda, considerar que la decisión de indultar a la condenada mediante la conmutación de la pena incurre en arbitrariedad, habida cuenta que no nos compete a nosotros determinar la idoneidad sobre dicha concesión, sino determinar, como declara la sentencia de referencia, si la decisión «cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente... entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» (legalmente exigibles), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente «asequible», que claramente se nos presenta, en este caso, como tal en la medida que, como se ha expuesto sobradamente, las razones de justicia, equidad o utilidad pública sí constan en el expediente, siquiera sea sin unanimidad, pero que nos corresponde a nosotros, entre otras poderosas razones porque si el mismo Tribunal sentenciador tiene sobradas dudas sobre la concesión del indulto parcial, por más que no se haya valorado en el informe la modalidad en que se aplicó por el Gobierno —que no se cuestiona en la demanda más allá de lo ya examinado—, no parece lógico reprochar al Gobierno arbitrariedad al haber acogido dicha propuesta.

Sobre tales bases, en algunos de los supuestos descritos de sustracción o secuestro de menores tienen como resultado la muerte de los hijos/as menores a mano de su progenitor no custodio durante el desarrollo de su derecho de visitas, o en el periodo correspondiente de guarda y custodia en el supuesto de guarda y custodia compartida. Estamos ante supuestos de violencia vicaria definida como «aquella en la que se instrumentaliza a los hijos para causar el mayor dolor al otro progenitor»; o como «forma de violencia dentro del núcleo familiar en el que uno de los miembros de la pareja realiza una serie de conductas dirigidas a los hijos e hijas con el objetivo de dañar, chantajear o hacer que el otro miembro de la pareja cumple su voluntad». De esta manera, los hijos se convierten en la línea directa de la actuación delictiva de sus padres. El Pacto de Estado contra la violencia de género se conceptúa como «el daño más extremo que puede ejercer al maltratador hacia la mujer: dañar y/o asesinar a los hijos/as». Y se regula en el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004 que también comprende «la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

Las cifras son dramáticas un total de 26 mujeres frente a 24 hombres han sido condenados por sentencia firme por el asesinato de sus hijos desde 2007 según datos del Registro Central de Medidas de Protección Integral contra la Violencia doméstica y de Género. Algunos de los casos de violencia vicaria más mediáticos conocidos en los últimos años en España: así José Bretón que en

2011 mató a sus dos hijos Ruth y José como venganza contra la madre; o el de Tomás Gimeno en 2021 que mató a sus hijas Anna y Olivia y más tarde se suicidó; también Ana María Baños por el asesinato de su hijo de 7 años<sup>168</sup>; y, el caso de Olivia que presuntamente mató a su hija de 6 años en El Llano (Gijón) después que el juez le diera la custodia a su padre.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STC, Sala Segunda, de 11 de febrero de 2016.
- STC, Sala Segunda, de 17 de marzo de 2016.
- STC, Sala del Pleno, de 12 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 15 de marzo de 1983.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009.
- STS, Sala de lo Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Penal, de 30 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Penal, 19 de enero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil de 17 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2019.
- STS, Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021.
- STS, Pleno de la Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Penal, de 23 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 29 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 22 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 22 de abril de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 24 de febrero de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 28 de abril de 2022.

- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 5.<sup>a</sup>, de 18 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2022.
- SAN, Sala de Penal, secc. 3.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2016.
- SAN, Sala de lo Penal, secc. 4.<sup>a</sup>, 23 de junio de 2022.
- STJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2012.
- SAP Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, de 11 de abril de 2014.
- SAP Ciudad Real, secc. 2.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2014.
- SAP Cádiz, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2015.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 1 de octubre de 2019.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 2020.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2020.
- SAP Palencia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 2021.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 28 de febrero de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 2021.
- AAP Granada, secc. 2.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2021.
- SAP Alicante, secc. 10.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2021.
- SAP Madrid, secc. 16.<sup>a</sup>, de 29 de diciembre de 2020.
- SAP Barcelona, secc. 6.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 2022.
- SAP Castellón, 27 de abril de 2022.
- SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2022.
- SAP Navarra, secc. 3.<sup>a</sup>, de 11 de mayo de 2022.
- SAP Badajoz, secc. 2.<sup>a</sup>, de 26 de diciembre de 2022.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 23 de diciembre de 2022.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 10 de enero de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 10 de enero de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 11 de enero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 20 de enero de 2023.
- AJVM, núm. 1 de Jerez de la Frontera, de 28 de septiembre de 2020.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA FERRÉ, E. (2020). El efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor y la adopción de la guarda y custodia compartida. Comentario a la STS de España, núm. 124/2019, de 26 de febrero, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, enero, 512-525.
- ALONSO PÉREZ, M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil*, número 2, semana del 6 al 12 de enero, 17-41.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2021). Comentario al artículo 158 del Código Civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2015). *Los procesos de restitución de menores o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Madrid: La Ley.
- CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, Madrid: Dykinson.

- CASTÁN TOBEÑAS, J.M.<sup>a</sup>. (1982). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2.º*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edersa.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: La Ley.
- DE TORRES PEREA, J.M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel.
- DELGADO SÁEZ, J. (2020). *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Madrid: Reus.
- GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2007). Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid: Lex Nova.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.<sup>a</sup> ed., Madrid: Marcial Pons.
- LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley.
- LORENTE MARTÍNEZ, I. (2019). *Sustracción internacional de menores*, Madrid: Dykinson.
- MARTÍN MORÓN, M.<sup>a</sup>. T. (1989) Voz «Patria potestad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2022). La importancia de calificar correctamente el régimen de guarda y custodia: no hay razón para eludir el «nomen» del sistema de custodia compartida cuando «de facto», así se ha establecido. Comentario a la STS de España, núm. 565/2021, de 4 de octubre, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio, 926-945.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Régimen común a la nulidad, separación y divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.). *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A. (2019). Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores. En A. Monge Fernández (dir.): *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona: Bosch.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2021). Delitos contra las relaciones familiares. Sustracción de menores, *Memento Práctico Penal*, Madrid: Francis Lefebvre.
- PARRILLA VERGARA, J. (2019). Evolución histórica del delito de sustracción de menores. En A. Monge Fernández (dir.): *La sustracción internacional desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona: Bosch.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad, *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*, 7.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROCA AGAPITO, L. (2021). Delitos contra los derechos y deberes familiares. En: Fco. J. Álvarez García (dir.) y A. Ventural Puschel (coord.): *Tratado de Derecho Penal español*, Valencia: tirant lo blanch.
- SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup>D. (2021) *et al. Curso de Derecho Penal. Parte especial*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid: Dykinson.
- SUÁREZ-MIRA, C. (2020). Delitos contra los derechos y deberes familiares. En C. Suárez-Mira Rodríguez (coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, T. II, 8.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor Navarra: Civitas, Thomson Reuters.



## NOTAS

<sup>1</sup> PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2021). La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad, *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, 389 quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». *Vid.*, también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 octubre 1991 (LA LEY 44425-JF/0000) que señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 junio 1994 (LA LEY 13968,1994) se configura la patria potestad como un conjunto de derechos de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, de 31 diciembre 1996 (LA LEY 508,1997); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 22 de junio de 1999 (AC 1999, 8394) «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, de 5 de marzo de 2001; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 219823,2007); de la misma Audiencia, secc. 12.ª, de 14 de marzo de 2008 (LA LEY 27513,2008); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 1 de septiembre de 2008 (LA LEY 196431, 2008).

Por su parte, señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 346 que la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade «baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos».

<sup>2</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7447); de 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 478); y 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9223); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996, 358).

<sup>3</sup> *Vid.*, CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª. (1982). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid: Edersa, 109-111; MARTÍN MORÓN, M.ª T. (1989) Voz «Patria potestad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIX, Barcelona, 130-131; ALONSO PÉREZ, M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil*, número 2, semana del 6 al 12 de enero, 22-24; CASTILLO MARTÍNEZ C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.ª ed., Madrid: La Ley, 29-30. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (LA LEY 12499-JF00/00); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996, 472).

<sup>4</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5376), en situaciones indudablemente conflictiva como los matrimonios mixtos.

<sup>5</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 (LA LEY 225540, 2000).

<sup>6</sup> RJ 2002, 5905. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1960 (RJ 1960, 2833); 26 de abril de 1963 (RJ 1963, 2420); de 8 de abril de 1975 (RJ 1975, 1514); de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6716); y, 11 de octubre de

1991 (*RJ* 1991, 7447); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 3913); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, 22 de junio de 1999 (*AC* 1999, 8394).

<sup>7</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5635); de 23 de mayo de 2019 (*RJ* 2019, 1975); y, de 1 de octubre de 2019 (Roj. 2974/2019; ECLI: ES:TS:2019:2974).

Resulta curioso que, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, secc. 1.ª, de 7 de septiembre de 2022 (*RJ* 2022, 4073) aborde por primera vez si procede incrementar el porcentaje de la prestación de orfandad a una beneficiaria cuyo padre vive y tiene retirada la patria potestad. Señala la Sala que, a pesar que la beneficiaria no es huérfana en sentido absoluto, puesto que uno de sus progenitores vive, ha de estarse al contenido del artículo 38.2 del Reglamento General de prestaciones económicas de la Seguridad Social, modificado por Real Decreto 296/2009 y que estableció junto «a la orfandad absoluta» la existencia de «circunstancias análogas» que provocan un estado de necesidad asimilable. Es, por ello, por lo que se incrementa el porcentaje de la prestación de orfandad a la hija, huérfana de madre, cuyo padre ha sido privado de la patria potestad por no haberse interesado, ni cubierto las necesidades de la hija desde hace nueve años.

<sup>8</sup> Roj. STS 3863/2021; ECLI:ES:TS:2021:3863. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (Roj. STS 3863/2021; ECLI:ES:TS:2021:3863).

<sup>9</sup> Roj. STS 64/2019; ECLI:ES:TS:2019:64.

<sup>10</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de marzo de 2022 (Roj. STS 1118/2022; ECLI:ES:TS:2022:1118); de 29 de marzo de 2022 (Roj. STS 1217/2022; ECLI:ES:TS:2022:1217); de 30 de marzo de 2022 (Roj. STS 1197/2022; ECLI:ES:TS:2022:1197); y, de 28 de abril de 2022 (Roj. STS 1736/2022; ECLI:ES:TS:2022:1736). Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 1.ª, de 19 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 229517).

<sup>11</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6185) guarda y custodia a favor de la madre. Progenitores divorciados con residencia en España y Portugal. Estamos ante unos niños que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse para evitar en lo posible un factor de riesgo para su estabilidad; ante menores cuyos padres viven en países distintos y en unas circunstancias familiares en las que no es posible establecer un régimen de guarda y custodia compartido, como sería deseable, como las que resultan de la relación personal de los padres que ningún beneficio aporta para el desarrollo emocional de los niños, en particular de su hijo Agustín, que necesitan una estabilidad familiar, escolar y social que no tiene, como se dice en la sentencia, valorando el informe psicológico elaborado por el juzgado. Y se ha resuelto en favor de la madre y no del padre porque los criterios que se han utilizado no son contrarios al interés de los niños en permanecer con su madre, una vez que sus padres han puesto fin al matrimonio; de 18 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 99) guarda y custodia del hijo menor con una discapacidad de un 53% en favor de la madre; de 11 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1729) a favor del padre; de 17 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4473) guarda y custodia a favor de la madre. Traslado de residencia de la madre a España con su hijo sin acuerdo entre los cónyuges. Interés el padre en reintegrarle a los estudios en EEUU sin atender a los demás elementos personales, familiares, materiales, sociales y escolares en España que debe decaer frente al interés del menor valorado en la sentencia recurrida de forma positiva para su desarrollo integral, su personalidad y su formación psíquica y física. Padre sin trabajo totalmente fijo y estable en aquel país que podrá determinar su retorno a España de forma definitiva; y, de 19 de octubre de 2021 (*RJ* 2021, 5413) a favor del padre. Audiencia de los menores por la Audiencia Provincial con inmediación y sin filtros concluyendo que lo transmitido por los adolescentes no se corresponde con lo que refleja el informe psicosocial, justificado razonablemente en el tiempo transcurrido desde su comunicación con los redactores del informe.

<sup>12</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2013 (Roj. 5643/2013; ECLI:ES:TS:2013:5643) «la genérica afirmación «no tiene buenas relaciones», no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa

de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrariar el interés de los menores»; y, de 16 de febrero de 2015 (Roj. 258/2015; ECLI:ES:TS:2015:258); y, de 24 de abril de 2018 (Roj. 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478) «(...) conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres existe una relación de mutuo respeto (...)».

Resulta un avance la propuesta en sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Valladolid, de 28 de marzo de 2022 (LA LEY 130678,2022) al conceder a un trabajador la concreción horaria en forma coincidente con la guarda y custodia compartida por semanas alternas de su hijo, porque debe prevalecer la protección a la familia y a la infancia, sobre el poder de organización de la empresa, cuando no existe abuso del derecho o manifiesto quebranto para la empresa. La no concesión del cambio de turno del trabajador de tarde a mañana, en las semanas coincidentes con la custodia de su hijo, afectaría gravemente a planificación familiar, dificultando la atención y el cuidado de su hijo menor.

<sup>13</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (RJ 2012, 8358); y, de 6 de julio de 2020 (RJ 2020, 2220) vivienda nido; y, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2008 (LA LEY 116201, 2008) señala que, la denominación de custodia compartida puede amparar diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones.

Por su parte, ROGEL VIDE, C. (2005). En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, 82, considera más adecuado el término de custodia alterna, ya que la guarda y custodia *ni es conjunta ni se comparte*, sino que lo que se alterna entre los progenitores es el lugar de estancia y/o el tiempo. El menor ha de repartir su tiempo entre ambos progenitores.

<sup>14</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (RJ 2011, 3139); de 21 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6532); de 17 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7255); y, de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1079).

<sup>15</sup> Se trata de un supuesto excepcional, prevista como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservan la patria potestad, salvo en la función de guarda. Esta medida, no obstante, puede ser acordada de oficio por el juez sin que esté vinculada ni al principio dispositivo, de rogación y aportación de parte tanto como medida provisional o definitiva en un procedimiento matrimonial (art. 103 CC), como en cualquier procedimiento o momento procesal (art. 158.4 CC). Al respecto es importante señalar que, el Código Civil catalán ha regulado específicamente la posibilidad que, tras la muerte de un progenitor, la autoridad judicial pueda, con informe del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, atribuir la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, si el interés del hijo lo requiere y, además, se dan dos requisitos: 1. Que este cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; 2. Que se escuche al otro progenitor y al menor si tiene 12 años o tiene la suficiente capacidad natural (art. 236-15). Asimismo, el Derecho aragonés establece sobre la autoridad familiar del padrastro o la madrastra, que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Y, qué fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge puede continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (art. 8 Código de Derecho Foral Aragonés). *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015, 681) guarda y custodia del menor, ejercida por su tía paterna; y, de 14 de septiembre de 2018 (Roj. STS 3154/2018; ECLI:ES:TS:2018:3154) se atribuye la custodia a la tía de la menor, pues, tras la muerte de la madre ha asumido su cuidado; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 11 de abril de 2014 (JUR 2014, 193852) guarda y custodia atribuida a los abuelos, atendiendo al informe psicosocial que, señala que sobre la base de los intereses de los menores, es conveniente

atribuir la guarda a ellos; y, de 16 de mayo de 2014 (AC 2014, 1019), a favor de su tía, por considerarse la mejor solución para los hijos que, siempre han convivido con ella, y han de mantenerse en ese entorno, en el que son atendidos, reciben cuidados y ello no impide que tengan relación con sus padres.

<sup>16</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 17 de febrero de 1998 (LA LEY 23899, 1998).

<sup>17</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4459) señala que, no hay razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida cuando *de facto* así se ha establecido. *Vid.*, un comentario de esta sentencia MARTÍNEZ CALVO, J. (2022). La importancia de calificar correctamente el régimen de guarda y custodia: no hay razón para eludir el «nomen» del sistema de custodia compartida cuando «de facto», así se ha establecido. Comentario a la STS de España, núm. 565/2021, de 4 de octubre», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio, 926-945.

Ahora bien, en algunos textos internacionales se define, por un lado, la corresponsabilidad parental y, por otro, la custodia compartida. Así el artículo 2.7 del Reglamento (CE) número 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental conceptúa la corresponsabilidad parental como «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita». Y, el artículo 2.11 b) define la custodia compartida «...Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor». En otros, sin embargo, se opta por destacar algunos aspectos característicos de esta modalidad de guarda. Así el artículo 18.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece el deber por parte de los Estados de consagrar en sus normativas el principio de igualdad de los progenitores respecto de la crianza y desarrollo de los menores; y, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 establece en el punto 14 que «el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones...».

<sup>18</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2012 (RJ 2012, 8190).

<sup>19</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 17 de septiembre de 2014 (LA LEY 149595, 2014), no puede hablarse de un régimen de custodia compartida, si no hay coparentalidad. Por lo que la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de la responsabilidad parental y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres.

<sup>20</sup> *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 31 de enero de 2008 (LA LEY 1122, 2008).

<sup>21</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015, 553); de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015, 1919); de 27 de mayo de 2015 (JUR 2015, 146687); de 26 de junio de 2015 (RJ 2015, 2658); de 16 de julio de 2015 (RJ 2015, 2782); de 17 de julio de 2015 (RJ 2015, 2784); de 25 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4028), cumplimiento del principio de interés del menor; a pesar de separar a los hermanos; de 9 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4224); de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5392) donde se señala que, el concepto de interés del menor que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015 extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares»; se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», «La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten», y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»; de 28 de enero de 2016 (RJ 2016, 27159); de 4 de febrero de 2016 (JUR 2016, 32451); de 17 de

marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131). Y, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016 (BOE, núm. 57, 7 de marzo de 2016, 18444 a 18459); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 26 de junio de 2015 (*AC* 2015, 1257); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 1 de octubre de 2019 (*JUR* 2019, 318472); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2020 (*JUR* 2021, 98192); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 28 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 125482); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 2021 (*JUR* 2021, 252523); y del Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de abril de 2022 (*JUR* 2022, 241928).

<sup>22</sup> *Vid.*, sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 139).

<sup>23</sup> DE TORRES PEREA J.M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Lustel, 24.

<sup>24</sup> LA LEY 37196, 2013. Con anterioridad, *vid.*, en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009 (LA LEY 192180, 2009) señaló que «(...) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al juez determinar en cada caso concreto que circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (...) Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilio, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»; de 10 de marzo de 2010 (LA LEY 5293, 2010); de 11 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2340); y, de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 31826, 2012). Con posterioridad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5002); de 25 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2651); de 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 370); de 11 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 37611); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 22 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 222004); y, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 31826, 2012) señalan como presupuestos normativos a los que ha de atenderse para la adopción de la medida de guarda y custodia compartida a «los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de menores, de alimentación, de educación, y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que puede ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos, y relaciones con ellos en especial, si existe un rechazo o una especial identificación, su edad, y capacidad de autoabastecerse, etc.». Asimismo, la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 229748) manifiesta que, resulta necesario analizar con cuidado todas las circunstancias y valorarlas a la luz del interés del menor; y han de analizarse entre otras, la capacidad de los progenitores, el grado de armonía entre ellos; la edad de los hijos y su opinión o las circunstancias geográficas y convivenciales. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 117971) para el establecimiento de la custodia compartida, las circunstancias a ponderar, de carácter objetivo, son entre otras: «a) La disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) El aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio; c) La ponderación de cuál

de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) La garantía de equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; y, f) Que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones».

<sup>25</sup> Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011 (LA LEY 111554, 2011); y, de 2 de julio de 2014 (RJ 2014, 4250) señalan que, no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Ni tampoco ha de ser objeto de interpretación restrictiva; de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015, 553); de 15 de julio de 2015 (RJ 2015, 2778); de 17 de julio de 2015 (RJ 2015, 2784) no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable; de 21 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4784) establece que, la corta edad de los menores no desincentiva la guarda y custodia compartida; 11 de febrero de 2016 (RJ 2016, 248); y, de 29 de marzo de 2016 (RJ 2016, 995) además de reiterar la doctrina sobre la normalidad y conveniencia de la custodia compartida en caso de separación de progenitores. Casa y anula la sentencia de la Audiencia y señala que esta sentencia ciertamente desconoce, como si no existiera la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales en asuntos similares» pero el Alto Tribunal va más allá e insiste que «la sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 del Código Civil en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues, ninguna se dice salvo que funciona el sistema instaurado en la sentencia de divorcio». Por lo que acusa a las Audiencias Provinciales de crear inseguridad. *Vid.*, también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 9 de enero de 2015 (JUR 2015, 73146).

Por otra parte, atendiendo a los criterios expresados, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670, 2013) hijos con un vínculo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con casa uno; y, de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714, 2013) considera idónea la guarda y custodia compartida ya que existe un estímulo de cooperación de los padres en beneficio del menor, y proximidad de los domicilios materno y paterno y régimen de visitas desarrollado sin incidencia. Sin embargo, en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala Primera, de 7 de junio de 2013 (LA LEY 65217, 2013) en la valoración conjunta de la prueba, se consideró que era más conveniente a los niños la atribución de la guarda y custodia a la madre.

En esta línea, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de septiembre de 2014 (LA LEY 149622, 2014) dispone que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos entre ambos progenitores.

<sup>26</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (LA LEY 165754, 2010); de 27 de abril de 2012 (LA LEY 56727, 2012) donde, asimismo, se precisa que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre; de 25 de mayo de 2012 (LA LEY 72578, 2012); de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714, 2013); de 29 de noviembre de 2013 (LA LEY 186577, 2013); de 17 de diciembre de 2013 (LA LEY 204311, 2013); de 25 de abril de 2014 (LA LEY 51101, 2014); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813, 2014) ambos progenitores están capacitados para ejercer responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, y sus domicilios están próximos en una pequeña



localidad; de 16 de octubre de 2014 (LA LEY 149440, 2014); de 20 de octubre de 2014 (LA LEY 149445, 2014); y, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489, 2014). Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736, 2011) se deniega la guarda y custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores; de 27 de septiembre de 2011 (LA LEY 183864, 2011), denegación de la guarda y custodia compartida por falta de la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación de la Ley 5/2011, de la Comunidad Valenciana. La guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva de la mejor forma posible que es la de procurar la protección del interés del menor; de 10 de enero de 2012 (LA LEY 7717, 2012) se dispone que, para establecer un régimen de guarda y custodia compartida es necesario demostrar que de este modo se protege más eficazmente el interés del menor; lo que no ha ocurrido en el caso de autos, pues, el padre se limita a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés del menor; de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 18517, 2012) se deniega la guarda y custodia compartida solicitada por el padre. El sistema de custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo desde su separación de hecho ha funcionado correctamente y los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores, cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda; de 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4894) no procede establecer un sistema de custodia compartida, al no ser beneficioso para los hijos y, la madre que, se ha dedicado en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, dejando por ello de trabajar. Además de una menor disponibilidad del padre, y una conflictiva relación de la progenitora con la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos, teniendo en cuenta la atención que deberían prestarles dada la escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; de 1 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 736) se deniega la custodia compartida dada la distancia de los domicilios al residir la madre en Granada y el padre en Cádiz, y no solo se tienen en cuenta la corta edad del menor, sino también las alteraciones que, esto supone en el régimen de vida del menor, máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria; de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 842) desestimación de la atribución de guarda y custodia a favor del padre, pues, la enfermedad de Parkinson en estado leve y controlada de la madre no le impide hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución. Y, además, la existencia de una manifestación ansioso-represiva que, no consta que sea consustancial al Parkinson, es un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre, como se deduce del informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales; de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 972) aptitud de ambos progenitores para hacerse cargo de la educación de sus hijos; y aun reconociendo que le es más fácil a la madre la compatibilización de horarios por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente), por lo que debe ser reconocida al padre el compartir con la madre la guarda y custodia de los hijos; y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131) no se concede la guarda y custodia compartida, pues, con la sensibilidad orientada al interés del menor; y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que «por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de este, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre que no tiene nueva familia, pierda la custodia.

<sup>27</sup> *JUR* 2016, 52409. Añade al respecto que «esto no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, períodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas,

algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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, con la precisión —STS de 22 de julio de 2011— de que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”. Se deniega la guarda y custodia por no haberse propuesto tal Plan, al considerarse, en los términos expuestos, necesario conocer «los pormenores en que va a consistir la custodia compartida». En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2016 (*RJ* 2016, 5968); y, de 9 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2044).

<sup>28</sup> *JUR* 2016, 138686.

<sup>29</sup> *Vid.*, el artículo 80.2 del CDFA; el artículo 233-11 del Código Civil catalán en su artículo 233-11; el artículo 3 de la Ley Foral 3/2011; y, el artículo 9.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

<sup>30</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016 número de recurso de casación: 326/2015 (*RJ* 2016, 248); y, de 28 de enero de 2016, número de recurso: 2205/2014 (*RJ* 2016, 370).

<sup>31</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldas (coord.). *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid. Edisofer, 202.

<sup>32</sup> LATHROP GÓMEZ F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley, 39. GUILARTE MARTÍN CALERO C. (2007). Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid: Lex Nova, 156 señala que «la guarda y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), lo que les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, secc. 1.ª, de 29 de junio de 2012 (LA LEY 128420, 2012) aboga por la superación del concepto de guarda y custodia, exclusiva o compartida, suprimiendo toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de periodos de permanencia o de guarda, distribución de estancias, que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro. Pero, añade, aunque la sustitución de la terminología es conveniente y necesaria, y debe utilizarse de una forma generalizada, pues, salvo situaciones de estancias muy restringidas con un progenitor, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre podrá hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente a otro en las decisiones que afectan a los hijos.

<sup>33</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2016 (LA LEY 14389, 2016) ante la constancia de un desequilibrio amplio en los tiempos de permanencia de uno u otro con la hija, procede el reparto, a falta de acuerdo entre los progenitores por semanas alternas de lunes a lunes y vacaciones por mitades.

<sup>34</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294, 2010); de 18 de noviembre de 2011 (LA LEY 241446, 2011); y, de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 185317, 2012).

<sup>35</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5613); y, de 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 524) se dota de relevancia a las manifestaciones del menor de catorce años de edad, no solo por su edad, sino también por su madurez. Asimismo, las sentencias del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 24 de septiembre de 2012 (*RJ* 2012, 11146) preferencia y deseos del menor de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana y oposición a la custodia compartida solicitada por su padre; de 12 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5405) la opinión de los menores es cuestión de gran relevancia; de 9 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8497); de 17 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1570); de 30 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 4457); y, de 16 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 6371).

Asimismo, en esta línea, *vid.*, DELGADO SÁEZ, J. (2020). *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Madrid: Reus, 139.

<sup>36</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 10 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2564).

<sup>37</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294, 2010); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014) opta por la guarda compartida; de 15 octubre 2014 (*RJ* 2014, 4894); y, de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 11913, 2015) que, al respecto, señala que «las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos». Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2011 (LA LEY 186210, 2011) deniega la guarda y custodia compartida valorando el informe psicosocial emitido por el psicólogo del servicio judicial. También, la sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863,2016) se deniega la custodia compartida pues, en el informe psicosocial se pone de manifiesto que «no consta de momento que sea lo más beneficioso para los menores que se encuentran en estado evolutivo saludable, tiene buena adaptación escolar, el buen estado de salud, y un proceso de desarrollo normalizado». Y a mayor abundamiento, se amplía el extenso régimen de visitas que «permita asegurar una presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos». Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 4 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 2884) valora los informes psicosociales que muestran la preferencia y los deseos de los hijos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, a la que se encuentran muy unidos; y, los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 6134; *RJ* 2012, 6135); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 20 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 89199) informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito a los Juzgados de Avilés; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 11 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 236809) informe psicosocial emitido por EATAV en el que se considera que, el interés de los menores en ese momento, determina la conveniencia que queden al cuidado de la madre con un amplio sistema de relaciones y comunicaciones con el padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 24 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 156255) valor relevante de los informes psicológicos; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 19 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 196315).

<sup>38</sup> *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863,2016); de 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4731); de 19 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4485); de 26 de octubre de 2020 (*RJ* 2020, 4165); y, de 26 de septiembre de 2022 (*RJ* 2022, 3742) destaca que el interés del menor se ha considerado un bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7); 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; y 81/2021, de 19 de diciembre, FJ 2), toda vez que ha de prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, «toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor» (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4).

<sup>39</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 483); de 13 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5389); de 10 de octubre de 2018 (Roj. STS 3479/2018; ECLI:ES:TS:2018:3479); de 20 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5376); y, de 17 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 2187). Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 10 de enero de 2023 (Roj. SAP b 56/2023; ECLI:ES:APB:2023:56) donde se manifiesta que, se regula la custodia compartida de los niños, en el mejor interés de los menores y en un acuerdo mutuo entre los padres.

<sup>40</sup> LA LEY 10275, 2015. *Vid.*, también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014); de 15 de julio de 2015 (LA LEY 99704,2015); de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 119131, 2015); de 28 de enero de 2016 (LA LEY 1000, 2016); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329, 2016); de 17 de marzo de 2016

(LA LEY 20628, 2016); de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 15991, 2016); de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4449); de 27 de junio de 2017 (RJ 2017, 3077); de 16 de enero de 2020 (RJ 2020, 666); y de 28 de abril de 2022 (RJ 2022, 2374). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22<sup>a</sup>, de 20 de enero de 2023 (Roj SAP M 740/2023; ECLI:ES:ES:APM:2023:740) donde se indica que con la guarda y custodia compartida se fomenta la integración de los menores con ambos padres ante los desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida.

Por su parte, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736, 2011) —y con anterioridad, las sentencias de 10 de octubre de 2010 y 11 de febrero de 2011— que lo que importa es garantizar o proteger con este procedimiento el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 del Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta materia pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. No obstante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Régimen común a la nulidad, separación y divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coord.). *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer, 202-203 manifiesta que este ejercicio conjunto de la guarda suscita también algunos reparos, derivados fundamentalmente del peligro de perpetuare los enfrentamientos o desencuentros que dieron lugar a la ruptura matrimonial, a la hora de tomar decisiones relativas al cuidado y educación de los hijos.

<sup>41</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813, 2014); de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 186544, 2014); de 25 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 46677); y, de 17 de enero de 2019 (RJ 2019, 98) reparto de tiempos correspondiendo al padre la custodia los fines de semana alternos y los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas pernoctando con él, que los reintegrará al colegio al día siguiente el jueves anterior y el martes posterior al de semana que le corresponda a la madre, sistema que no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2014 (AC 2014, 689).

<sup>42</sup> RTC 2012,185. Con voto particular que formula el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren los Magistrados D. Pablo PÉREZ TREMPES, D.<sup>a</sup> Adela ASÚA BATARRITA y D. Andrés OLLERO consideran no solo innecesarios sino conceptualmente improcedente que una vez apreciada la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado por infracción del artículo 117.3 de la Constitución española, la sentencia se adentre a examinar si, además, el artículo 92.8 del Código Civil incurre en otras tachas añadidas de inconstitucionalidad. Al respecto señalan que, en cualquier caso, la supuesta colisión del precepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española se reconduce, en realidad, a la pretendida infracción de la reserva de jurisdicción garantizada por el artículo 117.3 de la Constitución española, sin que justifique, por tanto, una tacha de inconstitucionalidad autónoma dirigida al precepto cuestionado en relación con el derecho reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución española. (...) Como es sobradamente sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución española) se satisface con la obtención, cuando se cumpla los requisitos procesales correspondientes, de una resolución judicial de fondo que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en el Derecho sobre las pretensiones deducidas oportunamente en el proceso. Asimismo, estiman que resulta improcedente que la sentencia entre a examinar si el artículo 92.8 del Código Civil es contrario al derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 de la Constitución española) y al principio de protección de los menores por los poderes públicos (art. 39 de la Constitución española), aunque sea para descartar tales vulneraciones. En suma, consideran que la exigencia contenida en el artículo 92.8 del Código Civil de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se opone a la adopción de esta medida,

constituye una opción del legislador que resulta constitucionalmente irreproachable, pues obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad pretendida por la norma cuestionada, que no incurre en infracción alguna del principio de exclusividad de jueces y Magistrado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 de la Constitución española), ni tampoco claro está, de los artículos 14, 24.1 y 39 de la Constitución española, lo que debió conducir a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

<sup>43</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2014 (RJ 2014, 2651); de 30 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2308); de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3622); de 11 de enero de 2018 (RJ 2018, 104); de 18 de abril de 2018 (RJ 2018, 2177); y, de 28 de abril de 2022 (RJ 2022, 2374).

<sup>44</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4440).

<sup>45</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre y 12 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7449; RJ 2013, 7838); de 18 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5718); de 28 de febrero de 2017 (RJ 2017, 606); de 21 de junio de 2017 (RJ 2017, 3039); y, de 25 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4885).

<sup>46</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2020 (JUR 2020, 58400).

<sup>47</sup> Precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio, *op. cit.*, 204 que «sí deben guardar una cierta proporción para que pueda hablarse realmente de una custodia alterna o compartida».

*Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 10 y 18 de enero de 2023 (Roj. SAP M 737/2023; ECLI:ES:APM:2023:737; Roj. SAP M 738/2023; ECLI:ES:APM:2023:738) en la primera resolución se fija un régimen de custodia compartida por semanas alternas; y en la segunda el reparto del tiempo de custodia es mensual. El día de intercambio será el lunes en que el progenitor que ostenta la custodia dejará a la menor en el centro donde cursa sus estudios, a la hora de inicio de las clases, haciéndose ya cargo esa semana al otro progenitor, que les recogerá ese mismo día en el referido centro.

*Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 (Roj. STS 3743/2018; ECLI:ES:TS:2018:3743).

<sup>48</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2017 (Roj. STS 849/2017; ECLI:ES:TS:2017:849); de 9 de mayo de 2017 (Roj. STS 1786/2017; ECLI:ES:TS:2017:1786); de 22 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3327/2017; ECLI:ES:TS:2017:3327); de 25 de octubre de 2017 (Roj. STS 3755/2017; ECLI:ES:TS:2017:3755); de 17 de enero de 2018 (Roj. STS 43/2017; ECLI:ES:TS:2018:43); de 7 de junio de 2018 (Roj. STS 2102/2018; ECLI:ES:TS:2018:2102); y de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 4930).

<sup>49</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016 (Roj. STS 5532/2016; ECLI:ES:TS:2016:5532) se deniega la custodia compartida al existir una distancia de 50 km entre los domicilios de los progenitores; de 19 de octubre de 2017 (Roj. STS 3724/2017; ECLI:ES:TS:2017:3724); de 10 de enero de 2018 (Roj. STS 21/2018; ECLI:ES:TS:2018:21); de 18 de abril de 2018 (Roj. STS 1414/2018; ECLI:ES:2018:1414) distancia de domicilios de Pamplona a Tokio, por lo que se declara que «la distancia entre los domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada»; de 30 de octubre de 2018 (Roj. STS 3684/2018; ECLI:ES:TS:2018:3684); de 10 de enero de 2018 (RJ 2018, 61) al existir una distancia de 1.000 km entre las residencias de los progenitores en Rentería y Jerez de la Frontera; y, de 28 de enero de 2020 (RJ 2020, 111) los domicilios distan a 400 kms.

<sup>50</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2044).

<sup>51</sup> RJ 2022, 3824.

<sup>52</sup> Diario La Ley, número 10174, sección jurisprudencia, 21 de noviembre de 2022.

<sup>53</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016 (RJ 2016, 2780); y, de 31 de mayo de 2022 (Roj. STS 2307/2022; ECLI:ES:TS:2022:2307; RJ 2022, 2864) ninguno de los padres la solicitó en sus escritos iniciales. A pesar que el auto de medidas provisionales le atribuyó a la madre la guarda con visitas del padre, de

hecho, la forma de desarrollarse el régimen fue equivalente a una custodia compartida. No se infringe el artículo 92 del Código Civil, ni la doctrina de la Sala dadas las circunstancias fácticas y la necesaria flexibilidad con la que deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés superior del menor. Desarrollo normal y sin incidentes de la forma que se llevó a cabo el amplísimo régimen de visitas con pernoctas. Capacidad de ambos progenitores.

<sup>54</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (Roj. STS 3299/2021; ECLI:ES:TS:2021:3299).

<sup>55</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 y 25 de abril de 2018 (Roj. STS 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478); Roj. STS 1474/2018; ECLI:ES:TS:2018:1474).

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.<sup>a</sup>, de 26 de diciembre de 2022 (Roj. SAP BA 1749/2022; ECLI:ES:APBA:2022:1749) manifiesta que, el régimen de custodia compartida no es posible dado que, en primer lugar, sus hijos menores se muestran contrarios a su establecimiento, resultando que Juana está muy próxima a alcanzar la mayoría de edad, con lo que no cabe sino respetar su voluntad y su hermano Simón muestra clara preferencia de continuar con su padre, situación que se prolonga ya desde hace dos años y que, ha resultado muy positiva para él. Por lo demás, la decisión de Juana impone también que Simón siga conviviendo con ella y con su padre, pues, en otro caso se rompería la convivencia entre los hermanos; lo que es claramente contraproducente para ambos. En segundo lugar, el horario de trabajo de la progenitora implica muchas horas de ausencia del domicilio familiar, resultando que carece de formación reglada que pudiera facilitar un cambio en su dedicación profesional. Y, en fin, la relación entre los progenitores es “nula” como reconoce la apelante en el informe social, lo que supone otro obstáculo más al establecimiento de un régimen de custodia compartida.

<sup>56</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 20 de abril de 2016 (RJ 2016, 3847) propuesta del informe psicosocial de un periodo de adaptación al nuevo sistema compartido, siendo más favorable ampliar la pernocta del jueves en la semana que el padre tiene a los menores de fin de semana, sin perjuicio de las dos tardes intersemanales fijadas en la instancia. Reflejo de la evaluación psicológica en la que se califica al padre por su impulsividad, descontrol, falta de flexibilidad y por implicar a los menores en el conflicto de los padres y a la madre por su impulsividad, variaciones de carácter e inflexibilidad en las negociaciones con el otro progenitor; de 12 de mayo de 2017 (Roj. STS 1792/2017; ECLI:ES:TS:2017:1792); de 24 de abril de 2018 (RJ 2018, 1598) tiene declarado la Sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cuál ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales; si bien, la Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (sentencias 135/2017, de 28 de febrero y 296/2017, de 12 de mayo, entre otras); y, de 6 de abril de 2018 (Roj. STS 1167/2018; ECLI:ES:TS:2018:1167).

<sup>57</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2015 (Roj. STS 3890/2015; ECLI:ES:TS: 2015:3890) señala, al respecto, que «(...) tiene sostenido el Tribunal Supremo que los hermanos solo deben separarse en caso imprescindible, pues, lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por ser más beneficios para los hijos como marco de convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores, si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos».

<sup>58</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2017 (RJ 2017, 703); de 30 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4795); y, de 27 de julio de 2021 (RJ 2021, 4023). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 28 de mayo de 2021 (JUR 2021, 262299); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 2022 (JUR 2022, 259029); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2022 (JUR 2022, 275899).

<sup>59</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 196575,2013); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813 ,2014); de 30 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5268); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329, 2016); de 26 de mayo de 2016 (LA LEY 52462, 2016); de 3 de junio 2016 (Roj. STS 1889/2016; ECLI:ES:TS:2016:1889) la falta de diálogo, no consta, en este caso, que llegue al extremo del conflicto, y no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al



padre, dado que habrá de concretar la motivación de la decisión. En la sentencia recurrida se atribuye, ante la falta de comunicación, la custodia a la madre sin concretar y justificar porqué dicho déficit de comunicación se imputa al padre. Razones todas ellas que, llevan a la adopción del sistema de custodia compartida, al constar la aptitud de ambos, su mutua implicación en la educación y desarrollo del su hijo y por gozar los dos de capacidades necesarias para poder superar sus mutuos recelos en beneficio de su hijo; y, de 25 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3857) la situación entre los progenitores es tensa y llena de desconfianza, lo que dificulta la relación entre ellos; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 12 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 267761) imposibilidad de una comunicación y entendimiento mínimo entre los progenitores, deviniendo inviable la custodia compartida al ser imposible su ejercicio adecuado; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 11 de marzo de 2014; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, de 27 de junio de 2014; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.<sup>a</sup>, de 16 de septiembre de 2014; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2014; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2014 malas relaciones de los progenitores, falta de un Plan de Responsabilidad Parental aportado por el padre, que solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo mayor a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 2014; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2014; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.<sup>a</sup>, 1 de marzo de 2016 absoluta falta de comunicación y consenso entre los padres, existiendo diversas denuncias entre ello por cuestiones relativa al régimen de visitas.

<sup>60</sup> *Id.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 276/2016, de 25 de abril (*RJ* 2016, 1703). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 62743) no procede la custodia compartida por estar la relación entre los progenitores muy deteriorada y no son capaces de llegar a acuerdos en los temas concernientes a la hija común sobre todo surgiendo problemas en el cumplimiento del régimen de visitas, del que mutuamente se acusan del incumplimiento y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 23 de diciembre de 2022 (*Roj. SAP V 3948/2022; ECLI:ES:APV:2022:3948*) se estima un inconveniente considerable para el régimen de custodia compartida, puesto que no puede esperarse que con el grado de conflictividad referida, ausencia de consensos e incapacidad para abuelos y por tener diferentes estilos educativos.

<sup>61</sup> *Id.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2013 (*LA LEY* 118670, 2013); y, de 30 de octubre de 2014 (núm. Sentencia 619/2014) (*RJ* 2014, 5268); la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2012 (*RJ* 2012, 10948); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2014 (*JUR* 2014, 49868).

<sup>62</sup> *Roj* STS 4103/2022; *ECLI:ES:TS:2022:4103*.

<sup>63</sup> *Id.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (*LA LEY* 180585, 2013) señala que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, «se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 CC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del Código Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor». Y añade «A la luz de los datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia y confirmando en todos sus extremos la del Juzgado de Primera Instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia»;

de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489, 2014); de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 188665, 2014); de 3 de febrero de 2016 (LA LEY 1400, 2016); de 19 de febrero de 2016 (LA LEY 9901, 2016); de 19 de febrero de 2016 (LA LEY 6420, 2016) indica que, el cambio de la política conciliadora de la empresa, no tiene calado suficiente como para poder apreciar un cambio sustancial de las circunstancias (art. 91 CC), por lo que se mantiene la guarda y custodia atribuida a la madre en convenio regulador, y la adopción de un régimen amplio de visitas que los próxima al sistema de custodia compartida; de 19 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 582) en base a la protección del interés de la menor y en consideración al informe pericial que se ha practicado, considera que la madre responde de forma positiva a las funciones de guarda y custodia y no es suficiente presentar la alternativa sobre la custodia paterna basada en la presencia de los abuelos paternos, puesto que el padre prefiere vivir con aquellos en la vivienda de los mismos, aunque se encuentre mejor ubicada. En todo caso, el incumplimiento reiterado por parte de cualquiera de los progenitores del régimen de guarda acordado, podrá dar lugar a su modificación (art. 776.3 de la LEC); de 9 de marzo de 2016 (LA LEY 15998, 2016; *RJ* 2016, 840) manifiesta que, la Sala bien reiterando en sentencias, entre las más recientes de 4 de febrero de 2016 y 11 de febrero de 2016, la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida; por lo que se ha de dilucidar en cada caso concreto si se prima o no en la decisión que se adopta el interés del menor y sobre tal base no se acredita que en tan corto espacio de tiempo haya existido alguna circunstancia nueva de las que representaron los progenitores, fieles conocedores de todas ellas en lo personal, vital y familiar, cuando decidieron sobre la guarda y custodia del menor, con acuerdo que mereció la aprobación judicial; de 29 de marzo de 2016 (LA LEY 20620, 2016; *RJ* 2016, 1133) se indica que, si la atribución de la guarda y custodia a la madre, con reconocimiento de un régimen de visitas a favor del padre, tales como los implantados ya en noviembre de 2012, viene siendo beneficioso para el plano desarrollo personal y social del menor, como se ha demostrado, no se alcanza la razón por la que habría que sustituir aquel régimen por el de custodia compartida, máxime cuando se ofrecen argumentos que permitan pensar que este nuevo régimen fuera más beneficioso para el interés del menor, como así lo ha entendido también, el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso; de 12 de abril de 2016 (LA LEY 29688, 2016; *RJ* 2016, 1336) se modifica el régimen de guarda y se opta por la custodia compartida porque se da un cambio significativo de las circunstancias, en interés del menor; al apreciarse la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación del hijo con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios; y, de 13 de abril de 2016 (LA LEY 29690, 2016; *RJ* 2016, 1339) se procede a otorgar la guarda y custodia compartida al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el sistema anterior de custodia, pues, el padre ha sido absuelto de un delito de maltrato habitual y amenazas por los que le denunció su esposa. Dicha absolución constituye, precisamente, un cambio significativo de circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida por aplicación del artículo 92.7 del Código Civil.

Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 4624); del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 3 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 3338); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 25 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 167943) existencia de un procedimiento penal en el que aparece el esposo como imputado por un delito de violencia de género; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 8 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 122859) incurso el padre en diligencia previas del Juzgado de violencia de género y condenado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de orden de alejamiento; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 20 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 34793) procedimiento contencioso divorcio ante el Juzgado de violencia sobre la mujer con penas de prohibición de acercamiento mutuo; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 26 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 267968) la existencia de un procedimiento seguido frente al esposo por un presunto delito de violencia doméstica hace inviable la atribución de la guarda y custodia compartida de la menor.

<sup>64</sup> *Id.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4484); de 26 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 635) no procede el cambio a guarda y

custodia compartida, pues, no se concreta que el cambio vaya a beneficiar a los menores. Viene desarrollándose con normalidad el sistema de visitas acordado en el correspondiente convenio regulador por los padres; de 26 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 631) «la Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que, el convenio se llevo a cabo. Así en la sentencia de 17 de noviembre de 2015 que declara, pariendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: 1. La menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador y, en la actualidad, tenía 10 años; 2. Los propios progenitores habría flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015 que valora que «en el tiempo en que aquel se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad. Añade que no se puede petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que en el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su fía en el convenio regulador sobre la medida» (sentencia 162/2016, de 16 de marzo. El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. Como afirma la sentencia 182/2018, de 4 de abril, de mantener así la sentencia recurrida «petrifica la situación del menor; de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como ha recordado con reiteración este sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre». En la aplicación de la anterior doctrina procede la solicitud de sustitución del régimen de guarda y custodia materna que habían pactado los progenitores de mutuo acuerdo en el anterior procedimiento de divorcio, cuando el menor contaba con un año de edad; de 5 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1791) cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, unido al informe psicosocial favorable que determina la adopción de la guarda y custodia compartida por un aptitud favorable de ambos progenitores; de 24 de septiembre de 2019 (*RJ* 2019, 3607) tiempo de estancia del menor prácticamente igual con los dos progenitores en todo este tiempo adoptado de común acuerdo. La adopción del sistema de custodia compartida no ampliaría la convivencia del menor con los padres, por lo que su interés no quedaría afectado. La pretendida falta de comunicación de los progenitores sería irrelevante dado que con la existente han sabido desenvolverse en un escenario de paridad en la estancia de la menor; y, de 16 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 2294) cambio sustancial en las circunstancias, dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron. Trascendencia del informa psicosocial que no desaconseja la custodia compartida; de 26 de octubre de 2020 (*RJ* 2020, 4166) no puede pretenderse petrificar lo acordado en el convenio regulador, cuando concurren circunstancia que aconsejen su modificación.

<sup>65</sup> LA LEY 29690, 2016.

<sup>66</sup> *RJ* 2108, 1600. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022 (*RJ* 2022, 3745) el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. El cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña de 8 años de edad, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, los dos años de edad. Además, el padre ha sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer que, impedía disfrutar del régimen de custodia compartida o fijarlo en su momento. Y, asimismo, ALBA FERRÉ, E. (2020). «El efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor y la adopción de la guarda y custodia compartida. Comentario a la STS de España, núm. 124/2019, de 26 de febrero», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, enero, 524-525.

<sup>67</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5438); de 18 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 1633); de 9 marzo 2012 (*LA LEY* 31826,2012); de 8 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1731); de 16 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2782); de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 840); de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131); y, de 20 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 87925); y el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 2 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5192).

<sup>68</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de abril de 2012 (*LA LEY* 56727, 2012). Asimismo, la jurisprudencia ha señalado la dificultad de acudir a la vía casacional por el cauce del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, cuando se invoca la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencia Provinciales, por cuanto las resoluciones de contraste que se invocan atienden a las circunstancias concretas y precisas de cada caso, para adoptar la solución más adecuada en cada supuesto, por lo que no existen en realidad criterios jurídicos contrapuestos (*vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2011 (*LA LEY* 119737, 2011)).

<sup>69</sup> *Vid.*, sobre la materia en general, PEGUERO CARRERO, B. (2022). Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021, *Diario La Ley*, número 1077, sección Tribunal, de 24 de noviembre, 1-20.

<sup>70</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 17 de diciembre de 2013 (*RJ* 2014, 74); y, de 16 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5165); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 18 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 6655) los criterios expresados en la sentencia recurrida no acreditan que, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores, se haya observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida. El nivel de conflictividad ni resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio de criterio legal preferente de la custodia compartida. La alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 5 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 369126), el mero hecho de que haya malas relaciones entre los progenitores no es por sí mismo suficiente para establecer la custodia individual; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 26 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1128) la existencia de malas relaciones entre ambos progenitores no es causa bastante para no acudir a una custodia compartida; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 24 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 220687) no puede denegarse solo con base a la mala relación de los progenitores y la inexistencia de informe favorable del Fiscal. No se deduce de los hechos probados que la difícil relación de los padres, perjudique el interés del menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 268576) pésima relación entre los padres que, no lo hacen prevalecer sobre las necesidades de los hijos que, han sido capaces de organizarse y existe capacidad de preservar a los menores del conflicto; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 2 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 57125); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 31 de marzo de 2022 (*LA LEY* 103764, 2022) entiende la Audiencia que el conflicto que existe entre los progenitores no es motivo para no conceder la custodia compartida, porque las conductas de ambos son similares y a los dos se puede reprochar dicha situación conflictiva. Los dos imputan a la parte contraria hechos graves que no se han acreditado. Ambos han sido condenados por agredir al otro, la madre a mayor pena por considerar más grave su conducta, y ambos han incumplido el régimen de visitas, reteniendo a los hijos sin devolverlos cuando correspondía. Por lo que, atendiendo a los datos del caso, la Sala concluye que no es posible diferenciar entre los progenitores para determinar cual de los dos es idóneo, pues, en realidad ninguno de ellos ha actuado como corresponde al interés del menor. Concede, en consecuencia, la custodia compartida a ambos progenitores.

<sup>71</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5676); y, de 27 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 3717).

<sup>72</sup> *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5268) conflictividad perjudicial para el interés del menor; de 26 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2292) padre incurso en un procedimiento abreviado por delito de

coacciones a la madre. Relación de absoluta falta de respeto hacia su ex pareja. Necesidad que el menor viva en un ambiente de convivencia pacífico y estable emocionalmente. Por lo que, partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente; y, de 21 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4451) conflictividad y animadversión existente entre los progenitores que hace desaconsejable, por el momento, un sistema de custodia compartida. Entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues, como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS; y, la sentencia del tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 4 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 861) conflictividad entre los progenitores notable.

<sup>73</sup> LA LEY 152551, 2014. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de octubre de 2015 (*RJ* 2014, 4894); de 19 de febrero de 2016 (Roj. STS 524/2016; ECLI:ES:TS:2016:524); y, de 18 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3002); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 4 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 861); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 534); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 41006) malas relaciones de los progenitores, y falta de Plan de Responsabilidad parental aportado por el padre que, solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 27 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 168549); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 150733); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 264839); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 14 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 261055).

<sup>74</sup> *RJ* 2022, 3539.

<sup>75</sup> LA LEY 10275, 2015. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4179), la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión; de 21 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4784); de 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 248); y, de 19 de febrero de 2016 (Roj. STS 524/2016; ECLI:ES:TS:2016:524). Con anterioridad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2012 (*RJ* 2014, 74) que a la vista de esta doctrina opta por la guarda y custodia compartida y declara que: «1. No consta que la mala relación entre los cónyuges pueda afectar a los menores, hoy con seis años de edad ambos, dado que el propio padre permitió tras el auto de medidas provisionales, las estancias durante la semana con la madre, que no estaban previstas; 2. No consta que la madre desarrolle un rol pernicioso para con los hijos; y, de 29 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7449). Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 54581) señaló que, la conflictividad entre ambos progenitores no era de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto.

<sup>76</sup> *RJ* 2016, 1339.

<sup>77</sup> *RJ* 2018, 100.

<sup>78</sup> *RJ* 2018, 2417.

<sup>79</sup> LA LEY 119131, 2015.

<sup>80</sup> LA LEY 15998, 2016. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 154/2012, de 9 de marzo (*RJ* 2012, 5241) existe una conflictividad entre los progenitores cuya comunicación se realiza por mensajes de móvil que perjudican el interés del menor según informe psicosocial emitido; y de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 842) malas relaciones entre los cónyuges que impiden un mínimo de colaboración y diálogo.

<sup>81</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 5043); de 26 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5624) donde se declara que, los

contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otras de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos; y, de 4 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 30008) donde se indica que «una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparte al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos; y, de 14 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 460); y, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 13810); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 16 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, de 21 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 243595); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 10519). Por su parte, el artículo 3.8 b) apartado 4 de la Ley Foral 3/2011 de Navarra señala que, la simple denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no es suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuir la guarda y custodia de estos a favor del otro.

<sup>82</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3152); y, de 4 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 260) no pueden dejar sin respuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgos por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Y, es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparte al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

<sup>83</sup> *RJ* 2016, 2292.

<sup>84</sup> *RJ* 2017, 352.

<sup>85</sup> *RJ* 2021, 2616. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021 (*RJ* 2021, 1427) la custodia compartida resulta incompatible con actos de violencia de género. Se trata de un patrón prolongado en el tiempo que, constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que además proyectó sobre la hija común, durante la sustanciación del recurso de casación que se dictó sentencia penal condenatoria con orden de alejamiento. Mal pronóstico de coparenting. Por todo ello, no se puede considerar que un régimen de custodia compartida sea conveniente para el interés y beneficio de la niña; pues, existe una dinámica de imposición del demandado y desconsideración hacia la actora, que además proyecta sobre la hija común que, no genera un clima proclive a su establecimiento, que requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además, sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor que, en este caso, no concurre por el comportamiento del padre.

<sup>86</sup> *RJ* 2021, 4972.

<sup>87</sup> Como indica el Preámbulo de la Ley «se modifica la Ley Orgánica 1/2004 con el objetivo de dar cumplimiento al Pacto de Estado contra la violencia».

También se da nueva redacción al artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004 en relación con la acreditación de situaciones de violencia de género que señala: *Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en esta Ley se acreditará mediante una sentencia condenatoria por cualquiera de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres prevista en esta Ley, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicio que la demandante es víctima de violencia de género. También podrá acreditarse las situaciones de violencia contra las mujeres mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializado, o de los servicios de acogida*



de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativa de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género.

<sup>88</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 13 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 4751).

<sup>89</sup> *RJ* 2022, 2220.

<sup>90</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 y de 11 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2329 y *RJ* 2010, 2340); de 7 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5008); y, de 25 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2651).

<sup>91</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 842).

<sup>92</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 5043); de 26 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5624); de 4 de febrero de 2016 (LA LEY 1554, 2016); y, de 25 de abril de 2016 (LA LEY 39317, 2016); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2016 (LA LEY 207, 2016); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 8 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 122859) el padre se haya incurrido en diligencias previas del Juzgado de violencia de género y condenado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de la orden de alejamiento; de la misma Audiencia Provincial y sección, de 25 de abril de 2013 (*JUR* 2013, 202016) padre condenando penalmente en sentencia firme como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 16 de junio 2014 (*JUR* 2014, 201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 21 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 243595); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 13 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 10519) existencia de una condena penal firme por violencia de género; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 25 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 127498) la existencia de un procedimiento penal abierto por violencia de género.

<sup>93</sup> La Ley 11/2022, de 20 de septiembre, contra la Violencia de Género de La Rioja (BOLR de 22 de septiembre de 2022) resulta más ambiciosa que, otras disposiciones por cuanto considera víctima de violencia de género a la mujer que, por el hecho de serlo pueda sufrir un daño o perjuicio sobre su persona (incluyendo a los menores de edad que pueden sufrir violencia de género), las hijas e hijos a su cargo convivientes y que sufran la situación de violencia a la que está sometida la madre y otras personas mayores, personas con discapacidad o en situación de dependencia, que estén sujetas a guarda o curatela de la mujer víctima de violencia de género y personas convivientes dependientes o a su cargo, que, sean víctimas de dicha situación y que convivan en el entorno violento, que sufran algún acto de violencia de género. Tendrán reconocidos los derechos que la norma contiene sin necesidad de interposición de denuncia (art. 6.1). El artículo 4 de define la violencia de género: «1. Aquella que se ejerce contra las mujeres por el hecho de serlo o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada, como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. 2. La violencia a la que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basado en el género que implique o pueda implicar para las mujeres perjuicios o sufrimientos de naturaleza física, social, psicológica, sexual, económica, ambiental, simbólica o institucional. Comprende, asimismo, las amenazas de realizar dichos actos, la coerción o las privaciones arbitrarias de su libertad, tanto su se producen en la vida pública como en la privada. 3. También se incluye en el concepto de violencia vicaria entendida como la violencia contra menores cometida por el padre, o por el hombre con el que la madre mantiene o ha mantenido una relación afectiva de pareja, con o sin convivencia, con el fin de infligir a la madre un maltrato psicológico o emocional. Así, como, la violencia contra otras personas convivientes sujetas a guarda o curatela a cargo de la mujer víctima de violencia de género y personas convivientes dependiente o a su

cargo, que sean víctimas de dicha situación. 4. Asimismo, el concepto de violencia de género comprende cualesquiera otras formas comprendidas en la legislación autonómica, legislación estatal, tratados internacionales y convenios suscritos por España en la materia».

<sup>94</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8496); y, de 24 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3574); y, las sentencias del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 14 de abril de 2014 (*LA LEY* 70511, 2014); y, de 1 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6740).

<sup>95</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 252/2011, de 7 de abril (*RJ* 2011, 3152) padre condenado por amenazas al cónyuge y la existencia de un indicio de violencia en su comportamiento hacia su cónyuge; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 12 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 101696) episodio violento protagonizado por el padre y presenciado por las hijas que motivó la denuncia, lo que excluye la conveniencia de custodia compartida; y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 16 de octubre de 2015 (*JUR* 2016, 25912) existencia de conflictividad reinante entre progenitores y los hijos, e indicios violencia en el hogar.

<sup>96</sup> UREÑA CARAZO B. (2016). La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género, *LA LEY Derecho de Familia*, año 3, número 11, julio-septiembre, 9-10.

<sup>97</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 13 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 4751).

<sup>98</sup> *LA LEY* 1554, 2016.

<sup>99</sup> *LA LEY* 52462, 2016. Por su parte, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 30 de septiembre de 2015 (núm. Recurso: 10238/2015) (*JUR* 2015, 236038) tras la condena de Inocencia por delito de asesinato en grado de tentativa sobre su compañera sentimental y en presencia de la hija menor de ambos, acuerda la pena de privación de patria potestad de Inocencia en relación a su hija menor María, y asimismo, a la pena de alejamiento en relación con la indicada menor hasta que llegue a la mayoría de edad; en la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1825) en cambio, pese haber terminado con sentencia firme condenatoria en un proceso penal entablado contra la madre por violencia intrafamiliar, el juez no impone a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija.

<sup>100</sup> *RJ* 2015, 5043.

<sup>101</sup> *RJ* 2015, 564.

<sup>102</sup> *RJ* 2016, 1698.

<sup>103</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, núm. 8/2013, de 12 de febrero (*RJ* 2013, 12890) ante esta situación el informe psicológico practicado, recomienda el cuidado de la hija a favor del padre y un incremento de los contactos entre madre e hija. Influencia negativa de la madre predisponiendo a la menor contra su padre.

<sup>104</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2017 (Roj. STS 161/2017; ECLI:ES:TS:2017:161); de 22 de febrero de 2017 (Roj. STS 582/2017; ECLI:ES:TS:2017:582); de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226); de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255); y, de 27 de octubre de 2021 (Roj. STS 4022/2021; ECLI:ES:TS:2021:4022). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016 (Roj. STS 1638/2016; ECLI:ES:TS:2016:1638) señala que la absolución del delito de maltrato habitual al cónyuge constituye un cambio de circunstancias esencial a valorar en una eventual modificación de medidas.

<sup>105</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226) no procede la guarda y custodia compartida por condena en un procedimiento penal por actos prolongados de vejación de un progenitor (padre) al otro progenitor (madre); y, de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255) progenitor incurso en un procedimiento penal de agresión a la madre. No procede la guarda y custodia compartida, al no tener el *coparenting* buen pronóstico.

<sup>106</sup> Roj. AJVM CA 1/2020; ECLI:ES:JVMCA:2020:1A.

<sup>107</sup> RTC 2022, 98.

<sup>108</sup> Esta Ley 17/2021 ha entrado en vigor el día 5 de enero de 2022. A partir de ahora los animales se les califica de seres vivos «sintientes», dejando de ser cosas.

Otro supuesto de violencia vicaria se contiene en la reforma del artículo 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la violencia de género por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Dispone al respecto que «la violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o algunos menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado 1 del citado precepto». En concreto, a la violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones familiares de afectividad, aun sin convivencia.

<sup>109</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2019 (Roj. STS 2832/2019; ECLI:ES:TS:2019:2832); y de 26 de octubre de 2020 (Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562).

<sup>110</sup> MAGRO SERVET, V. (2022). «El «maltrato vicario» a los animales en la violencia de género en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley, número 10178, sección doctrina, 25 de noviembre*, 1-2. Por su parte, PEGUERO CARRERO, B. (2022). «Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021», *op. cit.*, 10 precisa que «al estar ante un delito como el de violencia de género que es semipúblico, es decir, es necesaria la denuncia como requisito de procedibilidad, se ha apreciado en muchas ocasiones que los actos de maltrato en el hogar se silencian por las víctimas al estar preocupadas por la integridad de sus animales de compañía. A lo que añade que «esto supone un freno para que estas mujeres abandonen la relación y tomen medidas judiciales debido a las amenazas que reciben de los autores de los actos de maltrato de dañar a sus mascotas, e incluso, a sus hijos. Siendo el temor uno de los motivos que retrasa la comunicación a las autoridades».

<sup>111</sup> *Vid.*, sobre la materia procedimental, CALAZA LÓPEZ, S. (2015). *Los procesos de restitución de menores o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Madrid: La Ley.

<sup>112</sup> Al respecto indica la sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 2013 (RTC 2013/1996) que hasta el año 2002 la sustracción de menores no era constitutiva de delito. Se considera únicamente punible la sustracción cometida a partir de ese año. Por lo que, tratándose de un delito permanente que se inicia con el traslado en el año 1998 y continúa cometiéndose durante ocho años constitutivos, tiempo este en el cual el menor se hallaba retenido por su padre en el extranjero, sin contacto alguno con su madre, se consideraría únicamente punible la retención cometida desde el año 2002 hasta el año 2006, no pudiéndose penalizar el traslado del menor en el año 1998 y su retención en distintos países asiáticos durante los primeros cuatro años, pues no existía el presente tipo penal.

<sup>113</sup> Para ROCA AGAPITO, L. (2021). Delitos contra los derechos y deberes familiares. En: Fco. J. Álvarez García (dir.) y A. Ventural Puschel (coord.): *Tratado de Derecho Penal español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1683, como bien jurídico de estos delitos es «la protección de determinados intereses relacionados entre sí por vínculos familiares, entendiendo por vínculos familiares no solo los que se derivan de una relación de matrimonio o filiación, sino también según los casos, los provenientes de la tutela, guarda y acogimiento».

<sup>114</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 8 de mayo de 2020 (*JUR* 2021, 75758) no procede decretar la medida de prohibición de salida del territorio nacional ante la ausencia de riesgos, pues, la República Dominicana se ha adherido al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de La Haya consentida por España. Con ello se garantiza un mecanismo ágil de cooperación judicial y Código Penal de la República Dominicana que castiga con pena de prisión y multa a quien realiza esa conducta.

<sup>115</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2021). Comentario al artículo 158 del Código Civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 330.

<sup>116</sup> Para un estudio más profundo de la codificación penal de este delito, *vid.*, CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, Madrid: Dykinson, 17 a 70. Asimismo, PARRILLA VERGARA, J. (2019). Evolución histórica del delito de sustracción de menores. En A. Monge Fernández (dir.): *La sustracción internacional desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona: Bosch, 267-287.

<sup>117</sup> En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 339/2021, de 23 de abril (Roj. STS 1403/2021; ECLI:ES:TS:2021:1403); y 340/2021, de 23 de abril (Roj. STS 1404/2021; ECLI:ES:TS:2021:1404) cuando indican que «el delito de sustracción de menores previsto en el artículo 225 bis, se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una sola de ella basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación; de modo que no parece criterio metodológico adecuado acudir a una solución que solo contempla la modalidad de retener y no permite identificar un bien jurídico común para la alternativa de traslado, donde la conducta se tipifica sin distingo alguno, tanto cuando la custodia se otorga por resolución judicial, cuando sin esa resolución judicial viene deferida por atribución o previsión legal.

<sup>118</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de enero de 2015 (RJ 2016, 14).

<sup>119</sup> LORENTE MARTÍNEZ, I. (2019), *Sustracción internacional de menores*, Madrid: Dykinson, 9.

<sup>120</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 7.ª, de 29 de mayo de 2017 (*JUR* 2018, 99633) trasladó a su hijo a Marruecos, aprovechando el disfrute del derecho de visitas, manteniéndose en este país durante más de un año, alejado de su madre que tenía judicialmente atribuida la guarda y custodia; y, de la Audiencia Provincial de La Coruña, secc. 4.ª, de 5 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 237562) traslado de la madre a España con la menor de edad. Se trata de una decisión unilateral de permanencia en La Coruña y no consentida por el padre. La madre no tenía atribuida en exclusiva el ejercicio de la patria potestad. Es la residencia habitual del menor inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita la que determinará la licitud o ilicitud del traslado, la residencia de la menor estaba en Bruselas en dicho momento. Inexistencia de grave riesgo en caso de restitución; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 7.ª, de 26 de noviembre de 2021 (*JUR* 2022, 167816) traslada a la hija común a Rumanía, sin consentimiento ni conocimiento de la madre, exigiéndole el denunciado que si quiere relacionarse con ella debe retirar la denuncia presentada por maltrato psicológico y amenazas contra él.

<sup>121</sup> *Vid.*, los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 30.ª, de 28 de noviembre de 2017 (*JUR* 2018, 46995); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 3.ª, de 28 de diciembre de 2018 (*JUR* 2019, 43652).

<sup>122</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, secc. 2.ª, de 20 de septiembre de 2022 (*JUR* 2022, 306989) manifiesta, al respecto, que tales elementos no concurren en el presente caso, por cuanto el padre denunciante, ni convivía, ni tenía la guarda y custodia de la menor y, merced a la conducta del otro progenitor, la madre, solo se vio privado del normal ejercicio de su derecho de visitas, situación frente a la cual nuestro ordenamiento jurídico penal no prevé sanción alguna, al tratarse de un conflicto de orden civil, de forma que, los hechos objeto de reclamación no serían típicos conforme al ordenamiento jurídico español, pues, el tipo requiere la «falta de consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente» y si el menor convivía habitualmente con la madre, esta no podría ser sujeto activo del delito.

<sup>123</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de enero de 2015 (RJ 2016, 14) en la que se precisa que, no se trata de una custodia compartida, sino alternativa por meses, correspondiendo el que pasó el menor con el acusado a la madre. No cabe por ello alegar desconocimiento cuando el convenio fue de mutuo acuerdo y hubo requerimiento del Juzgado para entregar al menor. Se admite, por tanto, la modalidad de retención en la custodia compartida.

Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 5.ª, de 21 de octubre de 2021 (*JUR* 2022, 35468) no procede el sobreseimiento provisional por existir indicios de la posible comisión del delito denunciado. Ambos progenitores tenían la custodia compartida y a partir de una determinada fecha el denunciado retuvo a los menores y no los entregó a su progenitora.

Asimismo, en el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc.4.ª, de 24 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009, 118058) se entiende que, hay inexistencia de retención del menor en caso de incumplimiento del derecho de visitas y pernocta del hijo común con respecto del que ambos progenitores tienen atribuida la guarda y custodia compartida. Y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 6.ª, de 8 d abril de 2016 (*JUR* 2016, 159347) alterar de manera unilateral el régimen de guarda judicialmente acordada en exclusiva al padre, llevado incluso a trasladar a la menor de Isla, supone retención de un menor.

Ahora bien, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 2.ª, de 22 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 187274) no existe retención de una menor cuando la progenitora comparte la guarda y custodia de los menores con otro progenitor y no se los entrega al padre, al haberse interpuesto tres procedimientos judiciales para modificar las medidas de patria potestad y guarda y custodia. No se aprecia intensidad grave en la conducta al considerar que la motivación era evitar e impedir contacto del padre con sus hijos, cuanto la de protegerles hasta la resolución de los procesos.

<sup>124</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.ª, de 15 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 289532).

<sup>125</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 10.ª, de 20 de septiembre de 2021 (ARP 2022, 933).

<sup>126</sup> *RJ* 2021, 1777.

<sup>127</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 30.ª, de 5 de junio de 2018 (ARP 2018, 1061); y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 1.ª, de 16 de abril de 2021 (*JUR* 2021, 189133). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, de 15 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 104715) a pesar de la oposición contumaz al cumplimiento de la orden de entrega de la menor al progenitor custodia unido al ocultamiento de la misma, dicha renuencia no se hizo con una voluntad de permanencia, sino a la mera espera que los recursos judiciales interpuestos prosperasen.

<sup>128</sup> *Vid.*, MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2021). Delitos contra las relaciones familiares. Sustracción de menores, *Memento Práctico Penal*, Madrid: Francis Lefebvre, 1253.

<sup>129</sup> MARTOS NÚÑEZ, J.A. (2019). Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores. En A. Monge Fernández (dir.): *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona: Bosch, 329. Para SERRANO TÁRRAGA, M.ªD. (2021) *et al. Curso de Derecho Penal. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid: Dykinson, 268-269 el bien jurídico protegido «es la seguridad del menor y el derecho del progenitor que tiene la custodia de su hijo a que se respete su derecho. Se protegería el interés del menor, su bienestar personal en una resolución judicial, además también podría considerarse protegido el respeto al funcionamiento de la Administración pública».

<sup>130</sup> *RJ* 2021, 1777. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de marzo de 2022 (*RJ* 2022, 1812) «se tutela la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través del tipo penal que se configura como infracción del derecho de custodia, en directa inspiración, pero con autonomía propia, de la definición de secuestro ilegal contenida en el Convenio de La Haya, en evitación que la custodia sea decidida por vías de hecho, al margen de los cauces legalmente establecidos para ello. En cuya consecuencia, como a su vez ilustran resoluciones de la jurisprudencia menor proveniente de las Audiencias Provinciales, debemos concretarlo en el mantenimiento de la paz en las relaciones familiares, en el derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores también en situaciones de crisis familiar, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos; se atiende a evitar las consecuencias que la violación del derecho de custodia supone y el modo en que se realiza, al margen de los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando no se logra el acuerdo entre las partes o directamente contrariando la resolución recaída en el cauce establecido». De ahí que, como precisa la Sala, «se sancione la conducta del progenitor que desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. En definitiva, desestabilizar en el modo reseñado las relaciones familiares con el menor, sin que la crisis posibilite que el deterioro carezca del límite; y donde la permanencia de los menores

en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural, de especial impronta en la normativa del derecho internacional privado, al margen de criterio para establecer la norma de conexión, no es tanto el aspecto que se tutela, como una consecuencia favorecida con la estabilidad de las relaciones familiares y la evitación de conductas de sustracción». En el caso objeto de análisis, la acusada, desconociendo las reiteradas y sucesivas resoluciones recaídas sobre la custodia del menor, le privó por la vía de hecho de la posibilidad de relacionarse con su padre durante varios meses; lo que, desde luego, si no generó, sí agravó o pudo agravar su situación psicológica y afectiva para afrontar el régimen de custodia establecido por resolución judicial. Tal conducta es precisamente, la que describe el tipo penal contemplado en el artículo 225 bis del Código Penal y por la que la recurrente ha sido condenada.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 2.ª, de 27 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 66695) indica que «el delito del artículo 225 bis del Código Penal tiene como bien jurídico protegido el derecho del menor a relacionarse con el progenitor custodio de cuyo ámbito se le pretende sacar, salvaguardando el marco geográfico en el que desarrolla sus relaciones sociales, familiares y educativas, si bien, doctrinalmente también se apunta a la protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar conflictos»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 30.ª, de 5 de junio de 2018 (ARP 2018,1061) donde, igualmente, se manifiesta que el bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa es «el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres y la paz en las relaciones familiares, en el sentido de respeto a las vías jurídicas para resolver las desavenencias que en el ejercicio de los derechos derivados de esas relaciones puedan surgir»; el auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2019 (ARP 2019,1316) disponiendo al respecto que «el bien jurídico protegido no solo es el cumplimiento de la resolución judicial afectada, sino la paz familiar y la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y estancia del mandato judicial relativo a la custodia»; y, en fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 4.ª, de 27 de marzo de 2020 (*JUR* 2020, 331648) el bien jurídico protegido es «la seguridad del menor, el derecho de menor a mantener su ámbito familiar afectivo, a relacionarse con ambos progenitores, a estar en el entorno que le es conocido social, escolar, de recreo y fundamentalmente, la protección de la patria potestad, la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia».

<sup>131</sup> ARP 2022,933.

<sup>132</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 2.ª, de 15 de junio de 2021 (*JUR* 2021, 372783).

<sup>133</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.ª, de 14 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 197106) resolución judicial o administrativa que atribuya la custodia del menor a uno de los progenitores; y, los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 4.ª, de 7 de junio de 2007 (*JUR* 2007, 259429) no existe todavía resolución judicial en pleito matrimonial que se haya incumplido, como exige el tipo; y, secc. 17.ª, de 29 de octubre de 2007 (ARP 2007, 698) no procede delito de sustracción de menores en el caso de traslado de un menor de su lugar de residencia y abandonar el domicilio familiar con sus cuatro hijos y sin el consentimiento del padre, enterándose al día siguiente que los había escolarizado en un colegio de Madrid. Ausencia de resolución judicial que limite la guarda y custodia de la madre sobre los hijos. Interpretación restrictiva del concepto de sustracción. Separación de hecho a dilucidar en sede civil.

<sup>134</sup> Recordemos que el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 establece que, «la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la



restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, secc. 3.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2016 (ARP 2016,861) existe sustracción de menores por parte del padre, al trasladar a su hija común de su lugar de residencia en Bogotá a España a sabiendas de la falta de consentimiento de la madre denunciante que mantenía la convivencia efectiva con aquella, sin que sea relevante, por no constituir causa justificada, la demanda de medias cautelares interpuesta por el acusado; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 6.<sup>a</sup>, de 7 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 7425) alude a que la conducta castigada es la sustracción sin causa justificada de un menor. En este caso, los menores han sido trasladados del lugar de su residencia sin consentimiento del progenitor con quien convivan y, trasladados al extranjero, además, para lo cual había expresamente una prohibición judicial, resultando indiferente la autorización incluso del progenitor con quienes convivían los menores. De manera que, como en este caso, hacerlo sin autorización judicial y sin informar siquiera a la madre de los menores constituye un supuesto de comisión delictiva incuestionable de sustracción, del que el acusado ha tenido cabal conocimiento desde el primer momento, ha aceptado mantener durante los diez años que los menores han permanecido en Siria y durante el enjuiciamiento ha defendido haberlo hecho, a su entender, justificadamente, con alegaciones a las leyes personales que rigen en su país de procedencia, o en el supuesto de incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre —y que a estos efectos, si se reconoce estaba vigente—. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 182410) establece, al respecto, que como bien se dice en la sentencia de instancia existen cinco sentencias que establecen un régimen de custodia compartida y una resolución-orden general de ejecución que obliga a la acusada D.<sup>a</sup> Encarnación a entregar al menor; siendo que no es el menor quien decide, ni es la acusada quien decide, si el menor debe ir o no con el padre, si debe ir gradual o progresivamente y, en consecuencia, no cabe alegar que su actuación fue en interés del menor, cuando existen resoluciones judiciales amparadas en prueba legalmente practicada, que resuelven en el mismo sentido, esto es, la concesión de custodia compartida. En consecuencia, nos encontramos que, la actitud de D.<sup>a</sup> Encarnación tenga justificación en lo dicho. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 10.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 275390); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 1.<sup>a</sup>, de 16 de abril de 2021 (*JUR* 2021, 189133); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.<sup>a</sup>, de 20 de abril de 2021 (*JUR* 2021, 211506); y el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona, secc. 3.<sup>a</sup>, de 8 de enero de 2021 (*JUR* 2021, 150531).

En fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 2.<sup>a</sup>, de 22 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 187274) entiende por causa justificada «las razones que, motivaron la conducta del sujeto activo, y supone por ello un reconocimiento que en algunas ocasiones la conducta típica de sustracción responde al mejor interés del menor evaluado a la luz del propio sistema de valores del ordenamiento. Lo que obliga a analizar el contexto circunstancial acreditado en que se produjo la conducta de sustracción. De este modo, y en el presente caso, opera como causa justificada del comportamiento de la acusada la ya mencionada intención de proteger a sus hijos menores —dada la gravedad de los hechos verbalizados por su hija menor— reteniéndolos en su compañía hasta que en alguno de tales procedimientos se resolviera alguna de las diferentes soluciones de modificación del régimen de guarda y custodia por ella planteadas».

<sup>135</sup> SUÁREZ-MIRA, C. (2020). Delitos contra los derechos y deberes familiares. En: C. Suárez-Mira Rodríguez (coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, T. II, 8.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 329.

<sup>136</sup> *RJ* 2016, 14.

<sup>137</sup> SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup> D. et al. (2021). *Curso de Derecho Penal, op. cit.*, 270 quien, asimismo, añade que «para saber si la conducta está justificada habrá que tener en cuenta

el caso concreto, pueden ser los casos de abandono del hijo menor por el progenitor que tiene su custodia, o bien supuestos de malos tratos».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 21 de enero de 2010 (*RJ* 2011, 1439) no existe retención del menor. Los familiares del padre fallecido expulsan a la madre del domicilio en que convivían con su hijo recién nacido, sin permitirle llevarse al niño. Se trata de una acción consistente en separar al niño de su madre, sin encerrarlo. Tales hechos solo pueden constituir un delito de coacciones pero que no corresponde considerar porque no fue objeto de acusación.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 6.ª, de 7 de febrero de 2022 (ARP 2022,852) de la carga probatoria existente no es suficiente para entender acreditada la intencionalidad de la acusada. En cuanto al viaje a Perú, la Sala considera que el mismo, sí se dio conociendo ya el auto que le impedía viajar sin autorización judicial. Objetivamente, podría indicarse que sí se dan los requisitos objetivos del delito, ahora bien no se entiende acreditado, ni que se marchara desoyendo o incumpliendo el contenido de la sentencia de 12 de febrero de 2020, tampoco se considera acreditada que se la requiera para el cumplimiento de ninguna de las resoluciones anteriores, no se acredita cuando se marchó y, en todo caso, en ningún caso se acredita que se marchara para romper las relaciones entre padre e hija y ello por los siguientes motivos: 1. El padre contactó con ella en ese periodo, en el que debe tenerse en cuenta que se produjo la crisis sanitaria del Covid 19, con limitación de movilidad en todo el mundo; 2. No consta acreditado que supiera que existía una denuncia por sustracción ante la autoridad central, no en el momento de residir en Francia, ni cuando se marchó a Perú. Ha manifestado que regresó con ayuda de la embajada francesa (se desconoce la fecha), y también se acredita que las autoridades francesas le tomaron declaración al respecto (la defensa aporta un documento, pidiendo información al respecto) y teniendo en cuenta que el periodo de confinamiento acabó sobre junio de 2020, la misma vino voluntariamente a Barcelona en julio y fue directa a la casa del denunciante, y la menor fue entregada a las 24 horas. Previamente, las autoridades francesas habían informado al denunciante que habían localizado a la acusada y la menor y que si estaba dispuesta a una mediación. Después de este hecho y ya en julio se persona directamente a la acusada; 3. De facto se acredita que la intención de la acusada nunca fue la de quedarse a vivir allí, manifestó y declaró que regresó a Francia gracias a la ayuda de la embajada; 3. Se insiste por el denunciante que la menor viajó con pasaporte antiguo. No se discute tal extremo, ahora bien, no consta acreditado que el mismo instara ejecución alguna para llevar a efecto tal trámite. Se deduce que no lo hizo porque se le autoriza en la sentencia de febrero de 2020 a realizar él los trámites, desconociendo si el viaje a Perú se dio antes o después de dicha fecha, y si la misma tuvo conocimiento de la sentencia, dado que podría hallarse en Perú cuando se dictó; 4. Consta que allí llevó a la menor al médico, si bien no se aportó el informe.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, secc. 4.ª, de 10 de agosto de 2018 (ARP 2019,418) se considera como causa justificativa la convivencia habitual, del hijo menor, con la madre, con consentimiento del padre, a pesar que aquella no tenía la guarda y custodia. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 11 de diciembre de 2019 (*JUR* 2020, 12147) se indica que, en el presente caso tanto el acusado como la propia denunciante, hoy apelante, reconocen que no existe resolución judicial, sino un mero acuerdo privado entre ambos, respecto al cual el acusado manifestó en el plenario que, tuvo que firmar para poder ver así a sus hijos y en este sentido, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Madrid impone la obligación del padre a devolver a los menores, se cumple por el mismo y entrega los menores a la madre, y por tanto, no existiendo resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia, el comportamiento resulta atípico, y en consecuencia, procede confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

También, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 18 de junio de 2018 (ARP 2018,1314) llevase a dos menores antes que se dictara resolución que podría desembocar en una declaración de desamparo y con el nombramiento de las Administraciones públicas como tutora legal, supone causa justificada, al tener plena disponibilidad sobre los mismos sin que haya acreditado conocimiento del contenido de dicha resolución y, por lo tanto, de su intención de sustraer a los menores y evitar el cumplimiento de la misma.

En fin, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 8.<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 173133); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2018 (ARP 2018,938) no existe en el momento de los hechos ninguna resolución judicial que fijase la atribución de la guarda y custodia a ninguno de los progenitores, ni tampoco una resolución judicial que fijase el régimen de visitas. El acusado sin contar con el consentimiento de la madre del menor, se lleva consigo a su hijo a su domicilio con la intención de estar con él unos días; y de 11 de diciembre de 2019 (*JUR* 2020, 12147) incumplimiento de un acuerdo privado firmado por el acusado para poder ver a sus hijos, no restituyéndolos al vencerse el plazo pactado. No existiendo resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia, el comportamiento resulta atípico: entrega de los menores en cuanto el Juzgado dictaminó la guarda y custodia a favor de la madre; y, los autos de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 227183); de la Audiencia Provincial de Gerona, secc. 4.<sup>a</sup>, de 5 de noviembre de 2021 (*JUR* 2021, 234459) no existe resolución judicial alguna que determine de manera firme cuál es el régimen de guarda y custodia por un lado y el régimen de vistas por otro; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.<sup>a</sup>, de 16 de abril de 2021 (*JUR* 2021, 208924) se trata de una situación mutuamente aceptada por ambos progenitores en la que la madre pernocta con el hijo y el padre le atiende fundamentalmente durante el día. Si bien, no podemos decir que nos encontremos ante un supuesto de custodia compartida.

<sup>138</sup> *JUR* 2021, 184650.

<sup>139</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 16.<sup>a</sup>, de 29 de diciembre de 2020 (ARP 2021, 209) en cuanto la Audiencia aprueba el cambio de guarda y custodia, el menor desaparece y es encontrado en manos de la madre por los agentes de policía. No existe estado de necesidad apreciable; por lo que no existe fundamento alguno para la alegación que era necesario proteger al niño de unos supuestos abusos sexuales del padre.

<sup>140</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 102960); y, de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 182410) incumplir la sentencia de guarda y custodia compartida.

<sup>141</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 8.<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 17313) la no acreditación del necesario dolo que precisan los delitos imputados determina la absolución. En todo momento, comunicó a la apelante el lugar donde se encontraba el menor y le mantuvo informado de su estado, habiéndose justificado el viaje por el delicado estado de salud del padre de la acusada, sin que una estancia de tres meses pueda tenerse como excesiva; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, de 18 de junio de 2018 (ARP 2018,1314) manifiesta al respecto que «teniendo en cuenta la estructura del delito por el que resultó condenado el demandante, se constata que la subsunción de los hechos probados en la norma penal orilla un aspecto de capital importancia para el esclarecimiento del dolo, pues, si bien la voluntariedad de retención del menor ha sido debidamente sopesada a estos efectos; sin embargo, nada se dice sobre la imbricación del elemento intencional sobre los restantes aspectos integrantes de la figura delictiva que sirvió de título de condena, en concreto, sobre «la resolución judicial o administrativa» que fijará el deber, cuyo conocimiento, en los precisos términos de la resolución, resulta ineludible en el supuesto del número 2.2 del artículo 225 bis del Código Penal. Los órganos judiciales omiten cualquier juicio valorativo relacionado con el conocimiento o grado de representación que el recurrente tuvo de la existencia y contenido de las relaciones judiciales objetivamente quebrantadas —elemento intelectual—, ni sobre la intención directa o, al menos, la aceptación de la posibilidad de trasgredir el deber impuesto por las decisiones recaídas en los procedimientos civiles —elemento volitivo—, aspectos estos que nadan tienen que ver con el requerimiento expreso de cumplimiento y el apercibimiento de las consecuencias penales que la Audiencia Provincial consideró que no constituían requisitos necesarios para la consumación del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal, ni con el hecho que la notificación por edictos fuera legalmente válida ante el ignorado paradero del recurrente. Por lo tanto y atendiendo a las circunstancias del presente supuesto, si bien se cuenta con la resolución administrativa que, es ejecutable, no es menos cierto que, no existe conocimiento de la existencia de la misma, ni de su contenido por parte de Cándida tal como se recoge en los hechos probados, por lo que no cabe

considerar acreditado el elemento subjetivo del tipo penal y procede revocar la sentencia recurrida». Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.<sup>a</sup>, de 20 de abril de 2021 (*JUR* 2021, 21156).

<sup>142</sup> *JUR* 2021, 309966.

<sup>143</sup> Roj. STS 84/2016; ECLI:ES:TS:2016:84.

<sup>144</sup> Roj. STS 1403/2021; ECLI:ES:TS:2021:1403. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 10.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2021 (ARP 2022, 933) al declarar que es posible que el cónyuge custodio pueda cometer el delito, pero siempre que no ostente en exclusiva la custodia del menor, pues, en ese caso, la situación no implicará una limitación sobre la custodia del otro progenitor, sino una incidencia sobre el régimen de visitas y su desarrollo motivado por un cambio de domicilio a iniciativa del progenitor. Así, se indica que, en el presente caso, la sentencia civil de medidas dispone la patria potestad compartida entre ambos progenitores, con atribución de custodia exclusiva a la acusada, si bien con posibilidad de revisión de la medida de futuro (cuando el menor cumpla tres años). Igualmente, señala la obligación de comunicarse cualquier cambio de domicilio, con el fin de hacer efectivas las visitas. Estos pronunciamientos evidencian que el progenitor denunciante no ostenta la custodia del menor, por lo que puede ser titular del derecho a evitar las restricciones que contempla el precepto penal por el que se le conceda a la denunciada. Concretamente, la sentencia de medidas sobre los hijos, por su tenor literal, no resulta título judicial válido para considerar que el incumplimiento «grave» de sus términos pueda dar lugar a la infracción que se considera (art. 225 bis 1 y 2 del Código Penal).

A esto añade que «más difícil es la posibilidad de subsumir en el tipo penal los supuestos también excluidos del ámbito del Convenio de La Haya, de traslado del menor por el progenitor que tiene la custodia en exclusiva, donde el derecho de retorno se troca en facilitación del derecho de visitas, aunque desde la jurisdicción civil, se niega que el traslado de residencia al extranjero sea inherente a la custodia sin ponderación previa de los intereses del menor (STS, Sala de lo Civil, 536/30124, de 20 de octubre); frente a lo cual, resulta cada vez más frecuente que en la resolución judicial que atribuye el derecho de custodia a uno de los progenitores, se incluya como condición que no se podrá trasladar la residencia del menor sin antes haberlo comunicado a la autoridad judicial que dictó sentencia y sin consentimiento del otro progenitor».

<sup>145</sup> *RJ* 2022, 1812.

<sup>146</sup> *JUR* 2021, 372783.

<sup>147</sup> ROCA AGAPITO L. (2021). Delitos contra los derechos y deberes familiares, *op. cit.*, 1716-1717 precisa que, dentro de los «parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad» se debe incluir también al esposo o esposa en segundas o ulteriores nupcias del progenitor (la madrastra o el padrastro del menor), pues no deja de ser «pariente del progenitor», aunque no lo sea por consanguinidad o afinidad, sino por matrimonio». Asimismo, considera que entre los consanguíneos estarían «los hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos»; y entre los afines «los suegros, padres de los suegros, cuñados, padrastrós, abuelastros, hijastros, nietastros, yernos y nueras».

<sup>148</sup> *Id.*, el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.<sup>a</sup>, de 9 de noviembre de 2021 (*JUR* 2022, 64811) indicios de la posible retención ilícita de los menores contrariando la resolución judicial.

<sup>149</sup> CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, 152.

<sup>150</sup> CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, 153.

<sup>151</sup> Roj. STS 1404/2021; ECLI:ES:TS:2021:1404. En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 23 de abril de 2021 (*RJ* 2021, 1512) con voto particular formulado por los magistrados D. Leopoldo Puente Segura y D. Javier Hernández García al que se adhiere D. Andrés Martínez Arrieta que entienden que «si el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores, proyectada en su derecho a la relación parental armónica con ambos progenitores, libre del abuso de poder y la arbitrariedad de uno de ellos, la consecuencia es que dada la acción típica —la sustracción o la retención (o ambas como en el caso que nos ocupa)— habrá tantos delitos en concurso real como menores se hayan visto afectados». A esto añaden que «la naturaleza personal del bien jurídico lesionado —la vida privada y familiar—, su íntima relación, además, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, justifica su tratamiento concursal desplazando fórmulas

de unidad normativa de acción. Lo que coliga con los pronunciamientos reiterados de esta Sala sobre tratamiento concursal de atentados contra bienes jurídicos personales —vid., el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 31 de mayo de 2016, sobre el delito de trata de seres humanos, en el que se establece que habrá tantos delitos como personas que se vean involucradas en la trata como víctimas; Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 20 de enero de 2015, en el que se acuerda a calificación como concurso real los ataques contra la vida de varias personas ejecutadas como dolo directo o eventual cuando se realicen a partir de una única acción—; y concluye que «a nuestro parecer, la Sra. R., de forma no justificada sustrajo primero y retuvo después a su dos hijos, lesionando su derecho a la estabilidad personal y emocional, por lo que cometió dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal. No se limitó a lesionar; que lo hizo, el derecho del padre a comunicar y mantener con sus hijos una sostenida relación, sino que, además, principalmente, incluso, lesionó el derecho de cada uno de los menores, sin causa justificada a relacionarse en condiciones sostenidas de normalidad con su padre»; de 18 de noviembre de 2021 (*RJ* 2021, 5244) con voto particular formulado por el magistrado don Leopoldo Puente Segura que se considera que «como el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores, la consecuencia es que dada la acción típica —la sustracción o la retención (o ambas como el caso que nos ocupa)— habrá tantos delitos en concurso real como menores se hayan visto afectados»; de 24 de febrero, 6 y 22 de abril de 2022 (*RJ* 2022, 1056; *RJ* 2022, 1972; *RJ* 2022, 3191); la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, secc. 4.ª, de 23 de junio de 2022 (*ARP* 2022,998); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 10.ª, de 20 de septiembre de 2021 (*ARP* 2022,933); y, la sentencia del Juzgado de lo Penal de Valladolid, de 31 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 288699). En contra, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 6.ª, de 7 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 7425) apreciación de tantos delitos como menores se sustrajo y no es apreciable una unidad natural de acción; y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 2.ª, de 21 de octubre de 2019 (*JUR* 2019, 332765) a favor del concurso real: tantos delitos como menores víctimas.

<sup>152</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*, 7.ª ed., Valencia: tirant lo blanch, 424. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección 3.ª, de 15 de marzo de 2016 (*ARP* 2016/861).

<sup>153</sup> *Roj.* STS 1205/1983; ECLI:ES:TS:1983:1205. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 5 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 5871).

<sup>154</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2021). «Delitos contra las relaciones familiares. Sustracción de menores», *op. cit.*, 1253.

<sup>155</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, secc. 4.ª, de 23 de junio de 2022 (*ARP* 2022,998).

<sup>156</sup> SERRANO TÁRRAGA, M.ª. D. *et al.*, *Curso de Derecho Penal, op. cit.*, 270; QUERALT JIMÉNEZ, J. (2015). *Derecho penal español, op. cit.*, 423-424. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, secc. 2.ª, de 20 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 65025); y el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.ª, de 3 de febrero de 2020 (*JUR* 2021, 50369).

<sup>157</sup> *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 14 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 129771) procede la aplicación del precepto como consecuencia de la comunicación del lugar de estancia dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata o duración de ausencia no superior a dicho plazo. Entrega del menor a su madre voluntariamente, presentándose la denuncia posteriormente; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 7.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007, 165456) no hay delito de sustracción de menores en el traslado de un menor de su lugar de residencia, al llevarse a su hijo tras la salida del colegio y dejarlo a las cinco horas en un parque situado en las inmediaciones del domicilio de la madre. No se aprecia el requisito de permanencia, ni que la ausencia haya llegado a las 24 horas; y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, de 29 de julio de 2020 (*JUR* 2020, 302723) restitución y regreso al lugar de su residencia habitual inmediatamente. No exista la más mínima constancia, más allá de las meras declaraciones interesadas de la propia demandada y de su madre —que retuvieron ilícitamente al menor—, de la existencia de ese supuesto peligro grave relacionado con determinadas amenazas sufridas en su propio país.

<sup>158</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 24 de febrero de 2022 (*RJ* 2022, 1056) no procede cuando la restitución no es voluntaria; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2.ª, de 2 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 242570) que con relación a la valoración de la declaración del denunciante y de la documental lleva a considerar plenamente probado como la acusada el 20 de julio de 2012 no reintegró a los menores hasta después pese a conocer su obligación de entregar a los hijos en el interior del punto de encuentro al padre, conforme se había ordenado por resolución judicial, atentando así contra el derecho de los menores a relacionarse y estar con su padre quien tenía atribuida la guarda y custodia judicialmente. Por todo ello y no existiendo motivos para considerar inmotivada, arbitraria o caprichosa la sentencia impugnada, no habiéndose vulnerado el principio de presunción de inocencia al haberse practicado prueba de cargo y habiéndose motivado la apreciación de la prueba por el juez de manera lógica, prudente y ponderada; por lo que, procede confirmar la sentencia apelada en todos sus extremos.

Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 6 de octubre de 2020 (*JUR* 2020, 318762); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 2.ª, de 18 de enero de 2021 (*ARP* 2021,590).

<sup>159</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 2.ª, de 27 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 66695) en encausado, en su ilícito propósito de sacar a la menor del ámbito que para ella había determinado el juez, desplegó una intensa actividad de *vis física* y moral con aquel fin que, no cesó hasta que se vio rodeado por otras personas que había en el parque y por la llegada de agentes de la Ertzaintza. Acción del encausado, en definitiva, que si no llega a la consumación del delito examinado, rebajándose un grado tanto la pena de prisión como la de inhabilitación especial, imponiéndose ambas en su mínimo.

<sup>160</sup> MARTOS NÚÑEZ, J.A., Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores, 326.

<sup>161</sup> CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, op. cit., 151 y 153; QUREALT JIMÉNEZ, J. (2015). *Derecho penal español*, op. cit., 423.

<sup>162</sup> SERRANO TÁRRAGA, M.ª D, et al. (2021). *Curso de Derecho Penal*, op. cit., 270.

<sup>163</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de mayo de 2022 (Roj. STS 1991/2022; ECLI:ES:TS:2022:1991) que como se ha declarado en sentencias recientes esta infracción «supone una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad judicial. Son, por tanto, sus requisitos: a) Un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanada de la autoridad y sus agentes en el marco de sus competencias legales; b) Que la orden, revestida de todas las formalidades legales haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido, sin que sea preciso que conlleve, en todos los casos, el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, caso de incumplimiento; c) La resistencia, negativa u oposición a cumplimentar aquello que se le ordena, que implica que frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo con una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente e inequívoca (STS 263/2001, de 24 de febrero); si bien, aclarando que ello también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo de dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, de 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza no solo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también “es punible la que resulta de la pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde” (STS 1203/97, de 11 de octubre)». Además, añade que «conviene tener presente —así lo precisábamos en la STS 54/2008, de 8 de julio— que una negativa no expresa, que sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser antijurídica como aquella que el tribunal *a quo* denomina expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de



su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos expresos o tácitos».

<sup>164</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 16.<sup>a</sup>, de 24 de febrero de 2020 (ARP 2020,959) procede por daños morales en la cantidad de 6000 euros en lugar de 500.

<sup>165</sup> *RJ* 2022, 3191. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2020 (*JUR* 2021, 58250); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, de 29 de junio de 2022 (*JUR* 2022, 317352).

<sup>166</sup> LA LEY 25190, 2021.

<sup>167</sup> LA LEY 156116, 2021.

<sup>168</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 22 de marzo de 2022 (Roj. STS 1201/2022; ECLI:ES:TS:2022:1201) ha desestimado el recurso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que, a su vez, ratificó la del Tribunal del Jurado de la Audiencia de Almería que, la consideró autora de un delito de asesinato con la agravante de parentesco y la atenuante de confesión de los hechos. Asimismo, la sentencia ahora confirmada impuso a la acusada una pena de 3 años de prisión por delito de lesiones psíquicas a su expareja y padre del niño, ya que el tribunal del jurado consideró probado que la mujer quiso de forma consciente y voluntaria causar el mayor daño posible al otro progenitor, aumentando su sufrimiento y menoscabo de su salud psíquica. Se entendió que la conducta de la madre por el asesinato de su hijo de 7 años por «los rasgos que son calificados de violencia vicaria», pues, tras descartar el argumento de la defensa que, el parricida actuó movido por un trastorno psíquico. De esta manera, señala que «de los testimonios y de los informes periciales se deduce todo lo contrario».