

## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

La prevalencia del interés superior del menor  
en el otorgamiento de la custodia compartida  
aun tras la sentencia firme recaída sobre  
el progenitor por actos de violencia familiar  
o machista

*The prevalence of the best interest of the child  
in the granting of shared custody even after  
the final judgment received on the parent for acts  
of family or machist violence*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE\*  
*Profesora titular de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** El nuevo apartado 8.º del artículo 92 del Código Civil, introducido por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, afirma que el juez a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Pues bien, existe una corriente jurisprudencial en la Audiencia Provincial de Tarragona que señala la posibilidad de que el juez, en interés superior del menor, otorgue dicho tipo de custodia compartida, aun habiendo sido condenado el progenitor por un delito de violencia contra la ma-

---

\* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy Directora.

dre, concretamente un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer, y, en otro caso, por un delito de acoso. Contrariamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que no cabe este tipo de custodia cuando las relaciones entre los litigantes se encuentran muy gravemente deterioradas, ya que incluso la actora ejercita la acción penal contra el que fue su marido en el procedimiento criminal seguido contra su persona, por lo que la custodia compartida en las relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de los menores es de muy mal pronóstico.

**ABSTRACT:** *The new section 8 of article 92 CC, introduced by Organic Law 8/2021, of June 4, on comprehensive protection of children and adolescents against violence, affirms that the Judge at the request of one of the parties, with a report from the Public Prosecutor's Office, may agree to joint custody and custody on the basis that only in this way is the best interest of the minor adequately protected. Well, there is a jurisprudential trend in the Tarragona Provincial Court that indicates the possibility that the Judge, in the best interests of the minor, grant said type of joint custody, even though the parent has been convicted of a crime of violence against the mother, specifically a crime of mistreatment of work attenuated on the woman, and, in another case, by a crime of harassment. On the contrary, the jurisprudence of the Supreme Court understands that this type of custody does not fit when the relations between the litigants are very seriously deteriorated, since even the plaintiff exercises criminal action against her husband in the criminal procedure followed against her person, therefore, the shared custody with respect to the care and attention of the minors is of a very poor prognosis.*

**PALABRAS CLAVE:** Custodia compartida. Violencia familiar o machista. Interés superior del menor.

**KEY WORDS:** *Shared custody. Family or male violence. Interest of the minor.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN—II. MARCO JURÍDICO: 1. EL CÓDIGO CIVIL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA. 2. LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA: LA RECIENTE MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. 3. CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA (LIBRO SEGUNDO. PERSONA Y FAMILIA). ARTÍCULO 233.11,3.—III. LA VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MADRE. EL VALOR DEL INFORME DE LOS SERVICIOS PSICOSOCIALES.—IV. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN: NO TODA VIOLENCIA DE GÉNERO IMPEDIRÁ EL ESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.—V. LA VALORACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN TODO CASO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

El análisis de hoy se centra sobre un supuesto muy especial, y, por el momento único, pero que consideramos necesario analizar para ver si puede repetirse, y si

se puede extender hacia otras Audiencias o si se posibilita solo por el contenido de la legislación específica catalana, aunque realmente no difiere del artículo 96 del Código Civil.

La cuestión se centra en el fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de julio de 2021<sup>1</sup>, que ha estimado en parte el recurso del progenitor, y ello porque ha establecido una custodia compartida por semanas alternas, *pese a que existía una sentencia firme que le condenaba como autor de un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*<sup>2</sup>.

El progenitor, fue el que solicitó la disolución del matrimonio por causa de divorcio, y, además, que es lo que nos interesa, el establecimiento de un régimen de custodia compartida por semanas alternas de los dos hijos menores de edad nacidos en 2009 y 2012. En noviembre de 2015, a través de la adopción de las medidas previas, se acordó la guarda materna y un régimen de comunicación paterno-filial.

La Audiencia Provincial de Tarragona, confirmó la condena al progenitor como *autor de un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*, acaecido en diciembre de 2017, a la pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, pero atribuyó la guarda de los dos hijos menores a la madre y el consiguiente régimen de visitas paterno<sup>3</sup>. No obstante el progenitor recurrió en apelación, ante la Audiencia Provincial de Tarragona, oponiéndose al *establecimiento de la custodia exclusiva materna atribuida en base a la prohibición por violencia de familiar o machista contenida en el artículo 233-11.3 del libro segundo del Código Civil de Cataluña* que señala que «En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas».

## II. MARCO JURÍDICO

### 1. EL CÓDIGO CIVIL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

El artículo 92 del Código Civil, en el apartado 5.º, determina que *«se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento»*, aunque seguidamente el apartado 6.º, restringe dicho supuesto general, concretando que *«en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez 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»*.

El apartado siguiente, el 7.º, sin embargo, es muy tajante, y afirma con énfasis que *«No procederá la guarda conjunta 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 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».*

2. LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA: LA RECIENTE MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA

Una de las líneas básicas presente en la filosofía política de la nueva ley<sup>4</sup>, como no podía ser de otra forma es la prevalencia del interés superior del menor. Ley que en relación con otros puntos desarrollados *refuerza los recursos de asistencia, asesoramiento y atención a las familias para evitar los factores de riesgo y aumentar los factores de prevención*. Sin embargo, considero que en relación con el tema que nos ocupa hoy, consistente en el interés superior del menor para otorgar la custodia compartida, pese a la existencia de condena al progenitor por violencia frente a la madre... parece chocar con lo dispuesto en el espíritu de la Ley que desde su exposición de motivos<sup>5</sup> reiteradamente lo que exige, es un análisis de riesgos en las familias, que permita definir los objetivos y las medidas a aplicar. Se afirma que *todos los progenitores requieren apoyos para desarrollar adecuadamente sus responsabilidades parentales, siendo una de sus implicaciones la necesidad de procurarse dichos apoyos para ejercer adecuadamente su rol. Por ello, antes que los apoyos con finalidad reparadora o terapéutica, deben prestarse aquellos que tengan una finalidad preventiva y de promoción del desarrollo de la familia*.

Así todo el título III de la Ley que regula la sensibilización, prevención y detección precoz, recoge en su *capítulo I la obligación por parte de la Administración General del Estado de disponer de una Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, con especial incidencia en el ámbito familiar*. Y esto choca cuando precisamente ya hay violencia (aunque esta sea leve, si la violencia puede ser leve y aislada, como en el supuesto de hecho de la SAP que estudiamos) demostrada en el seno familiar... pese a lo cual se otorga en interés de los menores la custodia compartida.

Pero es que en el capítulo III de la Ley, según la exposición de motivos se «establece medidas destinadas a favorecer y adquirir tales habilidades, siempre desde el punto de vista de la individualización de las necesidades de cada familia y *dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia de género en el ámbito familiar*».

La *disposición final segunda* de esta reciente Ley 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 *cautelos necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia*.

Por eso el artículo 92 del Código Civil se ha modificado indicándose que pese a tal énfasis de la afirmación señalada en los apartados anteriores, se establece una *excepción* a continuación, en el apartado 8.º, y es la prevalencia del interés superior del menor, pero solo, «aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo», esto es cuando lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento, «*el juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida*

*fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor»<sup>6</sup>.*

Además, se posibilita, en último término, en el apartado 9, que «el juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, 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*».

Sin olvidar, una garantía adicional, establecida en el apartado 10, y es 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*».

La Ley 8/2021 tiene como objetivo principal la *violencia* definiéndola como la acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

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

Por el contrario, la Ley entiende por *buen trato* a los efectos de la norma aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, y dignidad del ser humano.

En nuestro estudio, influye la consideración de esta LO 8/2021, que en su título I, contiene, dentro de los *derechos de los niños y adolescentes frente a la violencia*, el derecho a la información y asesoramiento, a ser escuchados, a la atención integral, a intervenir en el procedimiento judicial o a la asistencia jurídica gratuita. Y, lo que es más importante, que ya se recogió en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>7</sup>, referido al derecho del menor, en este caso víctima, a ser escuchados, impidiéndose la presunción de interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración.

Recordemos que dicha LO 8/2015, introdujo en el artículo 9 de la LOPJM 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<sup>8</sup>, y con los criterios recogidos en la Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Fue fundamental la sustitución por dicha Ley del término *juicio* por el de *madurez*, para acomodarse a diversos convenios internacionales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, o el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

Todo esto está muy bien en el plano teórico, pero ¿y en el ejercicio de la práctica diaria? Tras haber seguido las pautas el juzgador tarraconense, de solicitar los informes de la AETAF, y conocer que la condena penal del progenitor de *un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*, con una pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa... Vamos a estudiar a continuación... que se va a otorgar la custodia compartida... Pero no se señala nada sobre las cautelas futuras que aseguren continuadamente el interés superior de los menores...

### 3. CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA (LIBRO SEGUNDO. PERSONA Y FAMILIA). ARTÍCULO 233.11,3

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

La doctrina jurisprudencial catalana ha ido evolucionando, ya que en 2010 y en 2014 se señalaba que *la conflictividad entre los padres no impide la custodia compartida entre ambos de los menores*, como ocurre en la STSJC de 9 de enero de 2014 (con cita de la STSJC de 3 de marzo de 2010<sup>9</sup>), pese a reconocer que los menores «cuya temprana edad los hace particularmente sensibles a comportamientos desleales entre los progenitores,... desautorizando o desvalorizando frente a ellos la figura del otro, aunque sea inconscientemente, utilizando para tal fin cualquier fórmula atractiva que sirva para procurar su alianza o complicidad ...con el propósito de colocarlos a su lado en el conflicto y concitarlos contra el otro de modo que su opinión o deseo, aunque no nazca de una madurez reflexiva imposible por su edad, coadyuve a desnivelar definitivamente la balanza en su favor por lo que se refiere a la siempre comprometida y compleja decisión judicial, aunque sea a costa del inevitable perjuicio para el desarrollo de sus personalidades derivado del desequilibrio en las referencias y modelos imprescindibles para su adecuado crecimiento...»<sup>10</sup>.

Aunque la interpretación de las palabras del precepto parece claro, el TSJC avala la guarda conjunta a pesar de haber indicios de violencia en la STSJC 35/2014, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.ª) de 19 de mayo<sup>11</sup>, pues, no se acredita en apelación que el hijo esté afectado por la violencia y tiene una buena relación con el padre, según la prueba pericial. Como precisamente trata la Sentencia objeto de análisis de este comentario de la Audiencia Provincial de Tarragona. Hay condena penal, pero dicha violencia no afecta a los hijos.

Criterio que se mantenía en 2016, pues la STSJC de 28 de septiembre de 2016 afirma que «cabe recordar que este Tribunal ha declarado que *no cabe rechazar la guarda compartida ante cualquier grado de conflictividad (excluyendo, en todo caso la violencia de género, el abuso o el abandono del menor, aquí inexistentes)* ya que aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos, tampoco puede afirmarse que las acentúe siempre que se preserve a los menores<sup>12</sup>.

Posteriormente, la jurisprudencia catalana abrió el *concepto de víctima indirecta*, en consonancia con la creciente preocupación por la protección de hijos e hijas, en la STSJC de 1 de junio de 2017<sup>13</sup>, donde el tribunal flexibiliza el con-

cepto de «víctima indirecta», pues el hecho de violencia de género fue un hecho puntual (una amenaza) y no queda acreditado en el procedimiento penal que la hija estuviera presente, aunque considera que la hija es víctima indirecta puesto que *la madre ha resultado gravemente afectada por la violencia, y esto también afecta de retorque a la hija*.

Para reconocer finalmente que «cuando se ha declarado que el menor ha sido o pueda ser víctima directa o indirecta se excluye la atribución de la guarda y custodia compartida, sin perjuicio del régimen de estancias, que puede ser más o menos amplio atendiendo al interés del menor en cada caso concreto y a la evolución posterior revisada, generalmente, por los servicios sociales o tras un tratamiento terapéutico.

Pero es que la SAP de Tarragona ya tiene en su haber dos sentencias, la de 13 de octubre de 2021 y la de 28 de julio 2021, ambas del mismo ponente, en las que se otorga la custodia compartida, pese a haberse acreditado violencia contra la madre de los menores, en ambos casos por el progenitor con condena firme, como vamos a ver:

Y, eso ¿qué significa? Pues que la sentencia penal firme produce efectos de cosa juzgada en el pleito civil, y, al ser *condenatoria* la expansión de sus efectos en la civil se produce respecto a la *realidad y existencia del hecho dañoso y su ilicitud*. Esto es, el juez asume la existencia de violencia, el daño causado en la esposa y aún así considera no solo que no perjudica a los menores, sino que, en pro de su interés superior, los deja de manera alterna conviviendo con él.

### III. LA VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MADRE. EL VALOR DEL INFORME DE LOS SERVICIOS PSICOSOCIALES

En el supuesto de hecho de la Sentencia que hemos utilizado para la realización de este estudio, los hechos son constitutivos de *un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*, acaecido en diciembre de 2017, con la imposición de una pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa (por sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13 de octubre de 2020)<sup>14</sup>.

La propia sentencia indica que el supuesto se trata de un «acto aislado de una importancia relativa o leve», que se contextualiza «en los problemas caracterológicos de ambos cónyuges, en la confrontación y la divergencia relacional».

No obstante, para tomar la medida de otorgar la custodia compartida el juez, sigue el criterio contenido en el artículo 92, 9.º del Código Civil introducido por la LO 8/2021, (aunque siguiendo el criterio del Código Civil catalán), pues ha recabado el dictamen de especialistas cualificados como es el EATAF, *para asegurar el interés superior del menor*<sup>15</sup>.

El EATAF (Equipo de Asesoramiento Técnico en el Ámbito de Familia) como profesionales psicólogos que intervienen en los procedimientos familiares, su función se centra en la redacción de informes psicológicos que tratan de dar respuesta a la *evaluación psicológica* que se produce en cada procedimiento judicial, en este caso, en el posible daño producido por el padre con su comportamiento con la madre sobre los niños, en la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores... Informes que sirve de apoyo en la resolución de las problemáticas de interés del menor.

En el supuesto objeto de análisis, la Audiencia señala que «no consta ningún otro hecho de violencia doméstica ni antes ni después y los menores, además de



mantener un rendimiento escolar óptimo, identifican entornos familiares gratificantes, sintiéndose estimados y cuidados por ambos progenitores», según recoge el propio informe del EATAF.

Informe pericial del EATAF qué, además, establece en sus argumentos que ambos progenitores tienen un conocimiento bastante amplio y detallado de las particularidades de los hijos, que se encuentran implicados en las diferentes esferas filiales, que cuentan con capacidades de organización, cuidado y atención adecuada hacia los niños y, que presentan capacidad afectiva y habilidades educativas y sociales que se adaptan a las necesidades de los hijos.

También ambos progenitores tienen una red familiar de soporte a la que los menores se encuentran vinculados afectivamente.

Al analizar la estructura familiar se concreta que la madre es la cuidadora principal de los hijos y les ofrece un cuidado y atención adecuada, pero que se detecta que su proyecto es *oponerse a la custodia compartida justificando su posicionamiento por su rol durante la trayectoria familiar y la desconfianza a ciertas actuaciones paternas: impuntualidad, no continuidad de las actividades extraescolares en el entorno paterno.*

Informe que, además, señala que el proyecto familiar de coparentalidad del padre es genuino y se centra en el deseo explícito de participar activamente en la cotidianeidad de los hijos y que estos tengan los dos referentes. Su actividad laboral como empleado de banca le permite una flexibilidad horaria compatible con el cuidado y el respeto a la jornada laboral a tiempo completo, según certifica el banco para el que trabaja. Además, dispone de una vivienda en alquiler en la localidad de residencia de los menores.

#### IV. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN: NO TODA VIOLENCIA DE GÉNERO IMPEDIRÁ EL ESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Ante el informe objetivo del AETAf expuesto en el punto anterior, donde se analizan las posiciones del padre, la madre y los hijos... el Tribunal, en este caso la Audiencia, debe decidir. Y, lo hace, estimando el recurso y revoca la sentencia para *establecer una custodia compartida por semanas alternas, de lunes a lunes a la entrada del colegio*, es decir, confirma los deseos del padre, recurrente, que había sido condenado por maltrato físico hacia la madre.

Se basa la Audiencia en el informe señalado, pero sobre todo en el analizado precepto del libro segundo del CCCat relativo a la persona y la familia, el artículo 233-11.3, que exige *para la exclusión de la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista, que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas*. Y es clave el informe para concretar que en ningún momento el episodio de la violencia del padre hacia la madre en ningún momento recoge la afectación sobre los menores, «a pesar de haber sido elaborado con posterioridad», pero sobre todo que «en el presente litigio *no ha quedado probado* la afectación de los menores (por el hecho)».

Esto es, parece ser que *no ha quedado probado* que los menores no han sido víctimas ni directa ni indirectamente de la violencia del progenitor, pues como insiste el propio Tribunal, «se trata de un acto aislado de una importancia relativa o leve (condena por tipo atenuado del art. 153.4 CC), que más bien se inscribe en los problemas caracterológicos de ambos cónyuges, en la confrontación y la divergencia relacional».



Pero la expresión sobre la que es necesario detenerse es «No toda violencia de género impedirá el establecimiento de la custodia compartida, sino aquella en que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas de esos actos de violencia machista no solo por *no haber presenciado la comisión de los hechos sino también por haber quedado al margen de sus consecuencias*», aclara la Audiencia.

Mi duda se cierne sobre saber en ¿dónde queda, entonces lo señalado por la doctrina del Tribunal Supremo, manifestado en varias sentencias — que recogemos a continuación— donde se afirma que *la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto, situación del todo imposible cuando el progenitor paterno se encuentra inmerso en un procedimiento...*?

Entendemos que se trata, las de la Audiencia de Tarragona, de dos sentencias aisladas que no van a ser seguidas, o, por el contrario, ¿cabría pensar que va a iniciarse una jurisprudencia menor al margen del criterio sostenido por el Tribunal Supremo?, o incluso ¿podrían tener un efecto rebrote entre otras sentencias de las demás Audiencias Provinciales?

Pues, en la escala de grises en las que se mueve el Derecho, habrá que estar, como siempre, al caso concreto, habrá que estudiar cada supuesto de hecho.

Pero... ¿qué ocurrirá si, como parece que ha ocurrido en este caso, *no queda probado, o se pasa por alto la real afectación en los menores del episodio de violencia*? Recordemos las palabras de la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona que señala que «en el presente litigio no ha quedado probado la afectación de los menores (por el hecho)».

No obstante, recientemente la STS de 31 de mayo de 2021, que conoce el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en interés de la menor, y, relativa a un divorcio contencioso con violencia de género, donde el Tribunal Supremo frente a lo que había establecido la SAP de Córdoba recurrida, *no otorga la guardia y custodia compartida dado que resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, mediante la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para determinar su existencia y realidad, sino que se encuentra, en términos del artículo 92.7 del Código Civil, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género dicta auto en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del artículo 153.1 del CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer*<sup>16</sup>.

El Tribunal Supremo señala que los argumentos de la sentencia de la Audiencia no son convincentes, puesto que el convenio regulador no fue ratificado por la esposa. Los malos tratos y la existencia de la denuncia penal fueron objeto de prueba en el procedimiento civil, por lo que no es trascendente que no se hiciera relación a ellos en la demanda, en la que precisamente se solicita la custodia materna.

Sentencia que además señala, con total rigurosidad, y a mi juicio, acertadamente, que «la exploración de la menor fue examinada por este tribunal en los términos reseñados, y su manifestación de que desea comunicarse con su padre y con su madre, no implica que su interés lo constituya, en este caso, hacerlo bajo un régimen de custodia compartida».

Y más aún su conclusión, pues rotundamente señala que *las relaciones entre los litigantes se encuentran muy gravemente deterioradas, incluso la actora ejercita la acción penal contra el que fue su marido en el procedimiento criminal seguido contra su persona, por lo que el coparentig, relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de sus hijas, es de muy mal pronóstico*. Las situa-

ciones fácticas no son irreversibles, sino que deben adaptarse al interés superior de la menor y a las disposiciones legales.

También la STS de 29 de marzo de 2021<sup>17</sup> se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida y tras existir una 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.

Esta STS tuvo su origen en interés casacional puesto que se recurre una sentencia que se opone a la doctrina jurisprudencial del artículo 477.3 de la LEC, y ello porque la SAP<sup>18</sup> contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en diversas sentencias y que recoge que *«para la adopción del sistema de custodia compartida se exige 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 los litigantes; y, 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 ambos progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»*.

Y donde el Ministerio Fiscal, señaló que, «en atención al interés preferente de la menor, solicitó que el recurso de casación fuera estimado, toda vez que, en síntesis, de la lectura de la sentencia del juzgado de lo penal consta como la conducta del demandado es de desprecio y humillación de la demandante, con manifestaciones ofensivas para ella en presencia de la niña, que afectan gravemente a su proceso de formación y a un mínimo clima de entendimiento entre los padres que se pueda trasladar a la pequeña. Con base en ello, se entendió que no existen las condiciones exigibles de cooperación entre los progenitores para un desarrollo adecuado de la guarda y custodia compartida, pues en las circunstancias expuestas la niña sufriría las consecuencias del enfrentamiento entre sus padres».

Concluyendo que «en el caso presente, ...(nos encontramos) ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente.

Es, por ello, que las circunstancias expuestas y el mal pronóstico de *coparenting*, es decir la forma en que los padres deben coordinar el cuidado de los hijos, en un régimen de máxima colaboración como es el propio de la custodia compartida, determina que no se considere procedente el fijado por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial».

Ambas sentencias se sustentan en la doctrina mantenida en larga trayectoria jurisprudencial. Como en la Sentencia de 17 de enero de 2017, donde el Tribunal Supremo 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 infor-*

mación 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>19</sup>.

El mismo criterio se había mantenido en la STS de 26 de mayo de 2016, donde también existía un supuesto caso de violencia doméstica, y donde el juzgador afirmó que «Partiendo de *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>20</sup>.

Y también en la STS de 11 de febrero de 2016, que concreta que «la custodia compartida conlleva como *premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional* y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»<sup>21</sup>.

Y, finalmente en la STS de 12 de abril de 2016<sup>22</sup>, que afirmó que «La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial ... 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... 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 los litigantes, al no constar lo contrario».

Fue la STS de 4 de febrero de 2016<sup>23</sup>, donde se *declara incompatible la custodia compartida con la condena de uno de los cónyuges por delito de amenazas* en el ámbito familiar y estima el recurso de una madre contra la decisión de la Audiencia de Vizcaya de acordar el régimen de custodia compartida de los dos hijos menores de la pareja.

La STS, Sala Primera de 16 de febrero de 2015<sup>24</sup> que, en contra de lo anterior, señala que las divergencias razonables entre los padres no impiden la custodia compartida del menor y concede la custodia compartida solicitada por el padre porque fomenta la integración del menor con ambos padres. La Sala declara que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y todo ello porque 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.

d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia».

La STS de 21 de octubre de 2015<sup>25</sup> que con contundencia ya establece 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 los litigantes, al no constar lo contrario. Y, afirma que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres «exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad».

O la STS de 29 de abril de 2013<sup>26</sup> donde el Supremo fija doctrina sobre los requisitos a valorar para adoptar, en interés del menor; el régimen de guarda y custodia compartida<sup>27</sup>.

En conclusión, toda la jurisprudencia, de la Sala Primera, gira en torno a la necesidad de que el régimen de custodia compartida debe ser conveniente para el interés y beneficio del menor, donde *se requiere entre los progenitores una intensa colaboración y un modelo de respeto recíproco que además sirva de ejemplo o pauta de actuación para el menor* que, puede no darse por el comportamiento previo de la condena del padre.

## V. LA VALORACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN TODO CASO

La Audiencia de Tarragona, en esta sentencia señala que el interés primordial de los menores aconseja el establecimiento de una guarda compartida como modelo que asegure continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores y calificar de inaceptable la actitud materna de oposición frontal a la coparentalidad como proyecto familiar. Insiste la Sala en declarar que la presente resolución «mira al futuro» y este pasa «por lo que más convenga a los menores».

Debemos recordar lo que es el *interés superior del menor*: principio prevalente que se consagra como directriz básica en toda la legislación de menores y en la jurisprudencia<sup>28</sup>. Se concreta relacionándolo con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención sobre los derechos del niño de 1989<sup>29</sup>. Principio concretado en el actual artículo 2 LOPJM, que ha incorporado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

En definitiva, el interés del hijo debe funcionar como principio básico y prevalente para atribuir la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o de pareja.

Pero en este fallo la Audiencia Provincial de Tarragona ha impuesto *una custodia compartida por semanas alternas, de lunes a lunes a la entrada del colegio* con el continuo cambio de casa y de progenitor en semanas alternas, lo cual va a suponer en el mejor de los casos un *estudio continuo* sobre todo para los progenitores (suponemos que de por sí enfrentados al existir una condena penal previa) y, para todos los miembros de las familias, que deben habituarse a la nueva convivencia establecida siempre en función del interés superior de los menores...

Otra cuestión que me preocupa es que el principio prevalente del interés de los menores, debe interpretarse y armonizarse con otros criterios supletorios que orienten la decisión del tribunal al atribuir la guarda y custodia alternativamente a ambos progenitores, como en este caso. En tal supuesto, el artículo 92. 6.º y 8.º del Código Civil *refuerza la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la patria potestad en los procesos matrimoniales ampliando los cauces de actuación de dicha institución* (vid. arts. 749 LEC 1/2000, 9.3 y 10.2, apdo. b, LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor; 158 y 174 del Código Civil y 6 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), y, ¿en este caso qué ha dicho? ¿Se ha mostrado partidario? Tal y como se establece de pasada en la propia Sentencia de 28 de julio de 2021, el Ministerio Fiscal se mostró contrario al recurso de apelación presentado por el progenitor, sin más. En este caso en primera instancia se estableció la custodia a la madre, siendo el progenitor el que solicitó la custodia compartida en apelación.

La duda estriba en si los menores objetos de discusión pueden cumplir sus expectativas de vida según los criterios anteriores *pese a no haber probado en el procedimiento que el episodio por el que el progenitor fue condenado pese a que en este procedimiento no se ha probado la influencia en los menores... puede suponer el otorgamiento de la custodia compartida...*<sup>30</sup>.

En el caso de la SAP de 13 de octubre de 2021, sí que se señala que pese a haber sido condenado el progenitor a un delito de acoso sobre la madre, la sentencia considera que la conflictividad entre ambos no influye en las menores, tal y como resulta de los informes de los equipos psicosociales. Y como en el caso anterior el Ministerio Fiscal se opone sin más al recurso, en este caso planteado por la madre que se mostró contraria a la custodia compartida establecida desde el principio.

## VI. CONCLUSIONES

I. El título III de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia recoge en su *capítulo I la obligación por parte de la Administración General del Estado de disponer de una Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, con especial incidencia en el ámbito familiar*.

Pero, además, el capítulo III de la Ley establece medidas destinadas a favorecer y adquirir tales habilidades, siempre desde el punto de vista de la individualización de las necesidades de cada familia y *dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia de género en el ámbito familiar*».

II. La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que en los supuestos en donde *las relaciones entre los litigantes se encuentren muy gravemente deterioradas, incluso, donde la actora ejercitó la acción penal contra el que fue su marido en el procedimiento criminal seguido contra su persona, relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de sus hijas, es de muy mal pronóstico, impensable para establecer supuestos de custodia compartida*.

III. Pese a todo, el juzgador tarraconense, tras solicitar los informes de la AETAF, y conocer que la condena penal del progenitor, en un supuesto originando *un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*, con una pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa..., y, en el otro supuesto de un delito de acoso, se decanta por otorgar la custodia compartida... alegando en ambos casos el interés

superior de los menores, habiéndose, además, mostrado contrario el Ministerio Fiscal... y sin establecer ninguna cautela futura que afiance la preeminencia de ese futuro interés superior.

IV. Criterios que claramente chocan con lo dispuesto en el espíritu de la Ley que desde su exposición de motivos reiteradamente exige un análisis de riesgos en las familias, que permita definir los objetivos y las medidas a aplicar si existe violencia.

## VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- Pleno de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre de 2012 tras la cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006, planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio.
- Tribunal Supremo Sala Primera, 31 de mayo de 2021. Número Sentencia: 372/2021 Número Recurso: 5288/2020. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. TOL8.463.907. ECLI: ES:TS:2021:2255.
- STS Sala Primera, 175/2021, de 29 de marzo. Número Sentencia: 172/2021 Número Recurso: 4734/2018. Ponente: Numroj: STS 1266:2021. TOL8.397.295. Ecli: ES:TS:2021:1266.
- STS, Sala Primera, de 17 de enero de 2017. Número Sentencia: 23/2017 Número Recurso: 3299/2015. Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 161:2017. Ecli: ES:TS:2017:161.
- STS, Sala Primera, de 26 de mayo de 2016. Número Sentencia: 350/2016 Número Recurso: 2410/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Ecli: ES:TS:2016:2304. TOL5.737.246.
- STS, Sala Primera, de 12 de abril de 2016. Número Sentencia: 242/2016. Número Recurso: 1225/2015. Numroj: STS 1636:2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS Ecli: ES:TS:2016:1636. TOL5.694.327.
- STS de 11 de febrero de 2016. Número Sentencia: 51/2016 Número Recurso: 326/2015. Numroj: STS 437:2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Ecli: ES:TS:2016:437. TOL5.645.202.
- STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2016, Número Sentencia: 36/2016 Número Recurso: 3016/2014. Numroj: STS 188:2016. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Ecli: ES:TS:2016:188.
- STS, Sala Primera, de 21 de octubre de 2015. Número Sentencia: 585/2015 Número Recurso: 1768/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4442:2015. Ecli: ES:TS:2015:4442. TOL5.544.777.
- STS, Sala Primera, de 29/04/1913. Número Sentencia: 257/2013 Número Recurso: 2525/2011 Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL3.711.046.
- STSJC 29/2017, sala de lo civil y penal (secc. 1.<sup>a</sup>), 1 de junio de 2017. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Número Sentencia: 29/2017 Número Recurso: 205/2016. Numroj: STSJ CAT 3650:2017. Ecli: ES:TSJCAT:2017:3650. TOL6.204.921.
- STSJC, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.<sup>a</sup> de 28 de septiembre de 2016. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Número Sentencia: 73/2016. Número Recurso: 95/2015. Numroj: STSJ CAT 8257:2016. Ecli: ES:TSJCAT:2016:8257. TOL5.866.951.



- STSJC, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.<sup>a</sup>) 19 de mayo 2014. Ponente: Juan Manuel ABRIL CAMPOY. Número Sentencia: 35/2014. Número Recurso: 20/2013. TOL4.462.908.
- STSJC, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.<sup>a</sup>) de 9 de enero de 2014. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÜÉS. Número Sentencia: 2/2014 Número Recurso: 95/2013. TOL4.098.596.
- STSJC, Sala de lo Civil y Penal (sección 1.<sup>a</sup>) de 3 de marzo de 2010 Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número Sentencia: 9/2010. Número Recurso: 152/2008. TOL1.861.743.
- SAP de Tarragona de 13 de octubre de 2021. Sección 1.<sup>a</sup>. Número Sentencia: 651/2021 Número Recurso: 631/2021. Numroj: SAP T 1599/2021. Manuel Horacio GARCÍA RODRÍGUEZ. Ecli: ES:APT:2021:1599. TOL8.691.749 (en este supuesto y por sentencia de 14 de junio de 2019 se condenó al demandado por actos).
- SAP de Tarragona de 28 de julio de 2021. Sección: Primera. Número Sentencia: 546/2021. Número Recurso: 551/2021. Numroj: SAP T 1409/2021. Ecli: ES:APT:2021:1409. Ponente: Manuel Horacio GARCÍA RODRÍGUEZ TOL8.652.841.

#### VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Código Civil.
- La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.
- Código Civil de Cataluña. Artículo 233.11,3.

#### NOTAS

<sup>1</sup> SAP de Tarragona de 28 de julio de 2021. Sección: Primera. Número Sentencia: 546/2021. Número Recurso: 551/2021. Numroj: SAP T 1409/2021. Ecli: ES:APT:2021:1409. Ponente: Manuel Horacio GARCÍA RODRÍGUEZ TOL8.652.841.

A la que este mismo año han seguido otras en el mismo sentido como la SAP de Tarragona de 13 de octubre de 2021. Sección 1.<sup>a</sup>. Número Sentencia: 651/2021 Número Recurso: 631/2021. Numroj: SAP T 1599/2021. Manuel Horacio GARCÍA RODRÍGUEZ. Ecli: ES:APT:2021:1599. TOL8.691.749 (en este supuesto y por sentencia de 14 de junio de 2019 se condenó al demandado por actos de violencia familiar de acoso pese a lo cual se establece una custodia compartida por semanas alternas).

<sup>2</sup> La Audiencia Provincial de Tarragona estima acreditado que, en diciembre de 2017, ante la falta de acuerdo entre los progenitores sobre el lugar donde se tenía que cambiar la hija para un evento que se celebraba en la población, la madre, sin previo aviso ni conformidad del padre —que disfrutaba del tiempo de estancias con los menores—, cogió a ambos hijos y se los llevó al domicilio de los abuelos maternos. Durante el trayecto y mientras la madre caminaba con los hijos hacia este lugar, el padre que iba detrás de ellos, empujó en el pecho a su cónyuge. Tras ello, ya en el interior del domicilio de los abuelos, en presencia de ellos se fue hacia la esposa, que en aquellos momentos se encontraba de pie cambiando a la niña, y le propinó un nuevo empujón con la mano derecha en el pecho, que la hizo retroceder y golpearse contra la pared.



*Hechos que merecieron el reproche penal, tanto en el Juzgado como por la Audiencia Provincial de Tarragona y la condena del progenitor, como autor de un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer.*

<sup>3</sup> Además de atribuir el uso de la vivienda familiar a la progenitora y a los dos hijos y se fijó una pensión de alimentos a cargo del padre de 250 euros por cada uno de los menores.

<sup>4</sup> «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021.

<sup>5</sup> Afirma que «Desde una perspectiva didáctica, otorga una prioridad esencial a la prevención, la socialización y la educación, tanto entre las personas menores de edad como entre las familias y la propia sociedad civil. La norma establece medidas de protección, detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados y recuperación de la víctima, que encuentran su inspiración en los modelos integrales de atención identificados como buenas prácticas a la hora de evitar la victimización secundaria».

<sup>6</sup> Recordemos que este apartado fue modificado por el Pleno de la Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012 tras la cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006, planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio. «BOE» núm. 274, de 14 de noviembre de 2012.

<sup>7</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> STSJC, Sala de lo Civil y Penal (sección 1.ª) de 3 de marzo de 2010 Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número Sentencia: 9/2010. Número Recurso: 152/2008. TOL1.861.743.

<sup>10</sup> STSJC, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.ª) de 9 de enero de 2014. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÚES. Número Sentencia: 2/2014 Número Recurso: 95/2013. TOL4.098.596.

<sup>11</sup> STSJC, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.ª) 19 de mayo de 2014. Ponente: Juan Manuel ABRIL CAMPOY. Número Sentencia: 35/2014. Número Recurso: 20/2013. TOL4.462.908.

<sup>12</sup> STSJC, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª de 28 de septiembre de 2016. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Número Sentencia: 73/2016. Número Recurso: 95/2015. Numroj: STSJ CAT 8257:2016. Ecli: ES:TSJCAT:2016:8257. TOL5.866.951

<sup>13</sup> STSJC 29/2017, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.ª), 1 de junio de 2017. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Número Sentencia: 29/2017 Número Recurso: 205/2016. Numroj: STSJ CAT 3650:2017. Ecli: ES:TSJCAT:2017:3650. TOL6.204.921. Afirma que: «Y en el caso examinado, la constancia de dicha violencia indirecta se desprende, como se declara en la sentencia recurrida, por la afectación de la madre que, a su vez, se declara lo ha sido a la menor Eva y aun cuando no se encontrara presente en el rellano de la escalera. Téngase presente que el progenitor se dirigió —tras dos años de haber obtenido el divorcio— al domicilio de la madre y dada la trascendencia de los hechos, hora y notoriedad, a las 22,30 horas, que fue presenciada por tercera persona que acudió en su auxilio, así como las palabras proferidas comportan que debamos ratificar la decisión de la Audiencia ya que a Eva aun cuando no lo haya exteriorizado en el ámbito escolar, resulta lógica la inferencia realizada por la Sala que no sea insensible ante una amenaza mortal a la madre por el menosprecio y repulsa que ello comporta. Y el dato de que no se hayan producido, desde entonces, y hasta el presente incidentes reseñables no significa que por ello deba ya rechazarse que no le haya afectado sino que la normalidad de la conducta impone que continúe no existiendo incidentes, pues, de lo contrario, los efectos podrían ser más desfavorables para el recurrente».

<sup>14</sup> En la sentencia se afirma que «no toda violencia de género impedirá el establecimiento de la custodia compartida, sino aquella en que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas de esos actos de violencia machista no solo por no haber presenciado la comisión de los hechos sino también por haber quedado al margen de sus consecuencias, al no haberles llegado los efectos a través del trauma causado a la madre, tal y como ha matizado la STJC 29/2017, de 1 de junio».

<sup>15</sup> Dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de menores (art. 92.9 CC) y

conveniencia de que los hermanos no se separen (art. 92.5 CC). Vid. SSTS 433/2016, de 27 de junio; 6 y 24 de abril de 2018.

En la STS de 24 de abril de 2018, el Tribunal Supremo estima el recurso del padre y fija la custodia compartida a pesar del informe psicosocial contrario, al respecto señala la citada STS en su FJ2: «Tiene declarado la Sala 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 la Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (Sentencias 135/2017, de 28 de febrero, 296/2017, de 12 de mayo, entre otras)».

<sup>16</sup> TS Sala Primera 31 de mayo de 2021. Número Sentencia: 372/2021 Número Recurso: 5288/2020. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. TOL8.463.907. ECLI: ES:TS:2021:2255.

El Tribunal Supremo no otorga la guarda y custodia compartida dado que resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, mediante la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para determinar su existencia y realidad, sino que se encuentra, en términos del artículo 92.7 del Código Civil, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género dicta auto en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del artículo 153.1 del Código penal, por haber agredido a la que entonces era su mujer.

El fundamento de derecho primero recoge los hechos que han resultado ser muy parecidos a los de la sentencia objeto de análisis de la señalada STS señala que el demandado interpuso recurso de apelación que correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, que dictó Sentencia de 25 de junio de 2020, la cual revocó la dictada por el Juzgado, acordando una custodia compartida, con periodicidad semanal, en la que cada progenitor se haría cargo de los alimentos de las hijas cuando convivieran con ellas, y todo ello en función, en síntesis, de los argumentos siguientes: i) que *el padre se encontraba incurso en un proceso penal por delito de lesiones, sin que presente los elementos propios de una situación de violencia de género*, considerando que la conducta es subsumible en un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 153.1 Código penal y, ii) que viene referido a un *suceso acaecido el 26 de enero de 2018, admitido y aislado que no impidió que desde la separación de hecho en marzo de 2018, ambos progenitores acordaran una guarda y custodia compartida, que se ha desarrollado con normalidad*; iii) que *cundo se presenta la demanda el 22 de julio de 2018 no se refiere ningún maltrato, y en la contestación se indica que se presentó una previa demanda de divorcio de mutuo acuerdo, que se archivó por no ratificarse la esposa y madre, en la que ambos pactaron una custodia compartida*; iv) de la exploración de la *hija menor —que entonces tenía 15 años— resulta que manifestó que le gustaría estar con ambos progenitores*; vi) que no se ha cuestionado la capacidad de los progenitores para ejercer una custodia responsable, ni tampoco la aptitud del padre para ejercer tal cometido, ni la vinculación afectiva con sus hijas.

<sup>17</sup> STS Sala Primera, 175/2021, de 29 de marzo. Número Sentencia: 172/2021 Número Recurso: 4734/2018. Ponente: Numroj: STS 1266:2021. TOL8.397.295. Ecli: ES:TS:2021:1266.

<sup>18</sup> Sentencia que concretó que «la Audiencia considera que el interés y beneficio de la menor se concilia mejor con el establecimiento de un régimen de comunicación de tal clase, bajo el razonamiento de que una situación de tensión o desencuentro entre los progenitores no tiene que influir en relación con la menor. Se sostuvo que, con respecto al procedimiento penal pendiente por delito de vejaciones injustas y maltrato psíquico en el ámbito de la violencia de género, no había condena penal, solo indicios racionales de delito, y que no se habían adoptado medidas cautelares. El resultado de dicho procedimiento no tenía que influir en las relaciones padre e hija. En definitiva, se concluyó que la regla general es la custodia compartida, por la que además se inclina el informe psicosocial.

<sup>19</sup> STS, Sala Primera, de 17 de enero de 2017. Número Sentencia: 23/2017 Número Recurso: 3299/2015. Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 161:2017. Ecli: ES:TS:2017:161

<sup>20</sup> STS, Sala Primera, de 26 de mayo de 2016. Número Sentencia: 350/2016 Número Recurso: 2410/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Ecli: ES:TS:2016:2304.

TOL5.737.246. El Tribunal Supremo revoca la custodia compartida a un padre que tenía «falta total de respeto» a la madre. La sentencia recuerda además que al padre le había sido incoado por la vía penal auto de procedimiento abreviado (no firme) por coacciones a su mujer en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica.

<sup>21</sup> STS de 11 de febrero de 2016. Número Sentencia: 51/2016 Número Recurso: 326/2015. Numroj: STS 437:2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Ecli: ES:TS:2016:437. TOL5.645.202.

«El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia. Partiendo de ello, no apreciamos en autos factores que permitan entender que los progenitores no podrán articular medidas adecuadas en favor de sus hijos, sobre los que ya han sabido tomar acuerdos de consuno».

<sup>22</sup> STS, Sala Primera, de 12 de abril de 2016. Número Sentencia: 242/2016. Número Recurso: 1225/2015. Numroj: STS 1636:2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS Ecli: ES:TS:2016:1636. TOL5.694.327.

<sup>23</sup> STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2016, Número Sentencia: 36/2016 Número Recurso: 3016/2014. Numroj: STS 188:2016. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Ecli: ES:TS:2016:188. Afirma que «La parte recurrida conoce, lógicamente, la sentencia, y ha tenido ocasión de hacer las alegaciones pertinentes sobre la misma al oponerse al recurso. Manifiesta 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 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.

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 van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos».

<sup>24</sup> Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Número Sentencia: 96/2015 Número Recurso: 890/2014. TOL4.751.653.

<sup>25</sup> STS, Sala Primera, de 21 de octubre de 2015. Número Sentencia: 585/2015 Número Recurso: 1768/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4442:2015. Ecli: ES:TS:2015:4442. TOL5.544.777.

<sup>26</sup> Presupuestos que han de concurrir y valorarse para que pueda adoptarse, en interés del menor, el régimen de guarda y custodia compartida. Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando 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. Señalando que la redacción del artículo 92

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

<sup>27</sup> STS, Sala Primera, de 29/04/1913. Número Sentencia: 257/2013 Número Recurso: 2525/2011 Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL3.711.046.

<sup>28</sup> En el artículo 39.4 de la Constitución «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». En textos internacionales (Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 [art. 1.º), 4.b), 16.1.d), 21.1, 24]. En la Convención de los Derechos del Niño de 1989 [arts. 3.1.º, 9.1.º, 9.3.º, 18.1.º, 21, 37.c) y 40]. En la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño. 8 de julio de 1992. En numerosos preceptos del Código Civil después de las reformas de Derecho de Familia de adaptación a la Constitución. En la legislación del Registro Civil. En Derecho comparado y leyes autonómicas de atención a la infancia.

<sup>29</sup> Derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; derecho a no ser separado de sus padres salvo que sea necesario al interés del menor; derecho del niño impedido física o mentalmente a recibir cuidados especiales...

<sup>30</sup> Como la propia sentencia afirma al reseñar que «Y esto es lo que a nuestro juicio se echa de menos: la prueba de la afectación de los menores. El informe pericial del EATAF —único— ni siquiera menciona el hecho a pesar de haber sido elaborado con posterioridad y los menores no están afectados en modo alguno. Su actividad escolar se desarrolla con normalidad (coordinación con Escola DIRECCION001) y mantienen una relación afectiva y gratificante con ambos progenitores (EATAF)».