
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Melendo Vidal, Laura; Abril Campoy, Juan Manuel, dir. Guarda y custodia compartida : la incidencia de la violencia de género. 2021. 76 pag. (1285 Grau en Dret i Grau en Relacions Laborals)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/245351>

under the terms of the  license



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

**LA INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE
GÉNERO.**

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho

Área de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Autora: Laura Melendo Vidal

Tutor: Juan Manuel Abril Campoy

14 de mayo de 2021.

RESUMEN

Con el presente trabajo se pretende el análisis normativo y jurisprudencial de la situación actual en la que encuentra el sistema de guarda y custodia compartido, derivado de las reformas legislativas propiciadas a partir de su inclusión en el Código Civil Español y el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña.

Con especial atención a la incidencia de la violencia de género en el ámbito familiar, como generadora de problemas prácticos en la adopción del régimen de guarda y custodia compartido. Abordando conjuntamente las discrepancias surgidas respecto a la relevancia y preferencia de este, en función del supuesto concreto y su condición, resguardado por una limitada regulación de la situación, seguida de un difuso conjunto normativo de reformas mediante las cuales se pretende la protección de las víctimas, concediendo esta condición también al menor.

Al mismo tiempo que un análisis de la actitud jurisprudencial, esencial en el desarrollo y solución de las controversias prácticas, encauzado y perfilado por las relevantes actuaciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, guiadas por la primacía otorgada al interés superior del menor y al mantenimiento del vínculo *paternofilial* de los progenitores para con sus hijos e hijas menores.

Palabras Clave: guarda y custodia compartida, interés superior del menor, violencia de género, víctima, jurisprudencia.

ABSTRACT

The present work aims at the normative and jurisprudential analysis of the current situation in which the system of shared custody and custody is found, derived from the legislative reforms promoted from its inclusion in the Spanish Civil Code and the Second Book of the Civil Code of Catalonia.

With special attention to the incidence of gender violence in the family environment as a generator of practical problems in the adoption of the shared custody and

custody regime, jointly addressing the discrepancies that have arisen regarding the relevance and preference of this depending on the specific case and their condition, protected by a limited regulation of the situation, followed by a diffuse set of normative reforms through which the protection of the victims is sought, granting this condition also to the minor.

As well as the analysis of the jurisprudential attitude as essential in the development and solution of practical disputes, channeled and outlined by the relevant actions of the Supreme Court and the Superior Court of Justice of Catalonia, guided by the primacy granted to the best interests of the minor and to the maintenance of the parental bond of the parents with their minor sons and daughters.

Keywords: shared custody and custody, best interests of the minor, gender violence, jurisprudence.

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CC	Código civil
CCCat	Código civil de Cataluña
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
AP	Audiencia Provincial
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJS	Sentencia Juzgado de lo social
MF	Ministerio Fiscal
Art.	Artículo
Nº	Número
P.	Página
CIT	Obra citada anteriormente del mismo autor con diferentes páginas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
1. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA	12
1.2 CONCEPTO JURÍDICO, TERMINOLOGÍA Y TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA.....	12
1.2 EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA.....	14
1.3 LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.	16
1.4 LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.	18
1.5 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LA GUARDA Y CUSTODIA.	20
2. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	22
2.1 CONCEPTO JURÍDICO, TERMINOLOGÍA Y EVOLUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	23
2.2 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO CIVIL.....	24
2.3 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LA PERSONA Y LA FAMILIA.	28
3. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	32
3.1 LEY ORGÁNICA 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: LA PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.	35
3.2. LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR: PROTECCIÓN DE LOS MENORES COMO VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.	38

3.3 RELEVANCIA DE LA LEY ORGÁNICA 8/2015, DE 22 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA	39
3.4 PROGENITOR INCURSO EN UN PROCESO PENAL O CONDENADO POR SENTENCIA FIRME: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA RELEVANTE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.....	41
4. ACTUACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA EN LO REFERENTE A LA GUARDA Y CUSTODIA EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.	45
4.1 DECISIÓN FUNDADA EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	45
4.2 PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	48
4.3 PROCEDENCIA DEL RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIAS Y COMUNICACIONES.	53
4.4 SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIONES....	57
5. CONCLUSIONES FINALES.....	61
BIBLIOGRAFÍA.	67

INTRODUCCIÓN.

La separación, el divorcio o la nulidad matrimonial conllevan en sí mismos una serie de consecuencias derivadas de este vínculo, que repercuten en gran medida sobre los menores nacidos de esta unión, de tal forma, que pese al cese de la convivencia común las responsabilidades de los progenitores para con sus hijos persisten.

Ante una crisis matrimonial o de pareja surgen una serie de relaciones entre los cónyuges que vendrán a determinar las medidas a adoptar, siendo entre ellas, las medidas paterno filiales las más relevantes del proceso.

Dentro de la institución de la patria potestad destaca la guarda y custodia, como el conjunto de medidas a tomar ante la nueva situación familiar, medidas que buscan la regulación de las circunstancias, centrándose en la interesada protección de los menores de edad, entendidos como mayores perjudicados por la situación acaecida. Cabe destacar que estas dos instituciones se relacionan entre sí, siendo posible obtener la patria potestad de los menores sin necesidad de mantener la guarda y custodia de los mismos¹.

La guarda y custodia queda regulada a nivel estatal en el artículo 92 del Código Civil Español, se entiende como aquella institución consistente en la convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores de edad ante la ruptura matrimonial, que deriva de la necesidad de los padres de acordar la nueva organización. Esta puede ser ejercida exclusivamente por un solo progenitor o de manera conjunta por ambos, tras haber sido solicitada en el convenio regulador, siendo el juez el que acuerda la regulación de la misma, previo informe del ministerio fiscal y teniendo en cuenta la opinión de los menores afectados².

¹ VIÑAS MAESTRE, D. *Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda*. Revista para el análisis del Derecho, nº 3. 2012.p.6-16.

² VIÑAS MAESTRE, D. *Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura...cit...* p.6-16

El ámbito jurisprudencial en este sentido se decanta por la regulación conjunta del derecho de guarda y custodia, entendiendo que ambos progenitores disponen de capacidad para ello, y centrándose en el interés del menor como valor fundamental a tener en cuenta, prevaleciendo este sobre los intereses de los progenitores y fundamentándose en el interés superior del menor.

De igual manera, el derecho propio de las comunidades autónomas regula la guarda y custodia, en el caso de Cataluña, el Código Civil de Cataluña con la Ley 25/2010 correspondiente al Libro II De la persona y la familia, en sus artículos 233-8 al 233-11, haciendo referencia a la responsabilidad compartida, y estableciendo la guarda y custodia de forma más flexible que en el ámbito estatal mediante el Plan de Parentalidad Común.

Pese a esta idea, el artículo 92 del Código Civil recoge en su apartado número 7 una excepción a la posibilidad de guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres se encuentre incurso o condenado en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, o cuando se advierta de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Así mismo, el Código Civil de Cataluña en su artículo 233-11 establece los criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, concretamente en su apartado 3, dispone que no se atribuye la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista, o cuando haya indicios fundamentados de haberse cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas.

Se relaciona la excepción contenida en dichos preceptos con un problema social tan candente en el presente como es la violencia de género, problema que incide y afecta al ámbito familiar en su conjunto.

Fue aprobada, con la idea de ofrecer respuesta ante los actos de violencia contra las mujeres que se dan en el ámbito de sus relaciones, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta ley implementa un cambio en el ámbito de protección a la mujer y con él, un cambio en la protección de sus hijos cuando la violencia de género se produce en el ámbito familiar.

Se entiende así, que una vez declarado el padre de los menores culpable mediante el correspondiente procedimiento judicial, o estando esté inmerso en tal procedimiento, debe producirse una modificación en la guarda de los menores, ya que el interés del menor para su adecuado desarrollo choca con la existencia de violencia de género en el ámbito doméstico, que lo convierte en víctima de la situación.

Referido a esta condición de víctima destaca la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que exige que la vida y el desarrollo del menor se de en un entorno libre de violencia, debiendo primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

En torno a ello, la modificación efectuada a partir de 2015 permite categorizar a los menores de edad inmersos en un proceso de violencia de género, como víctimas del mismo, para una mayor protección de los menores, de tal forma que condena la violencia ejercida sobre ellos.

Por lo tanto, la guarda y custodia como tal queda regulada de manera concisa por los diferentes ordenamientos internos y estatales, acompañados de jurisprudencia sobre este ámbito.

Es en el supuesto de presenciarse violencia en el ámbito familiar cuando se producen las controversias referidas a la aplicación de un régimen de guarda y custodia de carácter compartido o de carácter individual, requiriendo la protección

del interés del menor, acompañada de otras medidas protectoras, debido a que a día de hoy, se lleva a cabo un intento de restringir el contacto entre padres e hijos en los supuestos de violencia de género, pero pese a ello, en ocasiones, los tribunales se decantan por conceder visitas y comunicaciones, ofreciendo incluso custodias compartidas.

Por ello, en el presente trabajo se analiza y realiza un estudio doctrinal y jurisprudencial referido a la guarda y custodia compartida en aquellos supuestos en que el progenitor esté inmerso en un procedimiento judicial por violencia de género, o haya sido condenado por el mismo. Haciendo previo inciso en la guarda y custodia en general y en los requisitos exigibles para la misma.

Seguidamente un estudio de la diferente normativa vigente que regula la guarda y custodia compartida, así como de la normativa surgida ante la necesaria protección del interés del menor en situaciones de violencia de género, más allá del código civil, concretamente de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Y a su vez, un análisis de la actuación de los tribunales en la determinación, a falta de legislación, de la guarda y custodia de los menores en estas situaciones de violencia, definidas por un análisis de la decisión del tribunal basado en la presencia de violencia, diferenciando el hecho de estar el progenitor en el momento de determinar la guarda y custodia condenado, o inmerso en un procedimiento judicial, que haga tener en cuenta la presunción de inocencia para tomar la decisión, apoyada de la salvaguarda del interés superior del menor, en el sentido de proteger su satisfacción y de evitar la violencia.

Todo ello centrado en las propias resoluciones del Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en aplicación del Código Civil de Cataluña, las cuales han ido determinando la posición favorable de la guarda y custodia compartida, y su negación en caso de estar presente la violencia de género en la

relación, pese a ello, no se ha llegado a un acuerdo común, ofreciéndose de igual manera la guarda y custodia compartida en casos donde el progenitor está procesado o condenado por tal violencia.

1. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

1.2 CONCEPTO JURÍDICO, TERMINOLOGÍA Y TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA.

El término de guarda y custodia comienza a utilizarse a partir de la Ley 11/1981³ y 30/1981⁴, con anterioridad se hablaba de cuidado y custodia, pero no fue hasta la reforma de la Ley 15/2005⁵ cuando se hace referencia a la guarda y custodia tal y como ahora la conocemos.

Se parte de la idea de que los progenitores tienen atribuida la patria potestad de los menores, que queda regulada en el art. 154 CC, mediante ella se atribuye a estos el conjunto de deberes y derechos relacionados con la protección de sus hijos y de los bienes de los mismos, velando por el interés y desarrollo de su personalidad⁶.

Esta figura abarca en su interior la guarda y custodia, en el sentido de que ambas instituciones son de carácter compartido entre los progenitores y están estrechamente relacionadas entre sí en el caso de darse una situación familiar de convivencia común. Sin embargo, es en el momento en el que se produce una crisis matrimonial cuando la guarda y custodia varía, por lo que la diferencia entre ambas proviene de las distintas formas en las que se ejerce y distribuye la guarda y custodia⁷.

³ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Boletín Oficial del Estado. 119.11198 (1981)

⁴ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado. 172.16216 (1981)

⁵ Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Separación y Divorcio. Boletín Oficial del Estado. 163.11864 (2005)

⁶ MONTERO AROCA, J. *Guarda y custodia de los hijos: la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil*. edición nº12. Editorial Tirant lo Blanch. 2001. p.138-140.

⁷ MONTERO AROCA, J. *La custodia de los hijos: la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil*. edición nº12. Editorial Tirant lo Blanch. 2001. p.138-140.

La guarda y custodia puede entenderse como la situación derivada del cese de la convivencia, en la que ambos progenitores se harán cargo de las funciones y decisiones de atención y cuidado de sus hijos menores de edad, asumiendo conjuntamente la responsabilidad parental y compartiendo las necesidades del menor, tanto habituales como de carácter puntual.⁸ Pese a la relación que establece con la patria potestad es un concepto indeterminado y nuestro ordenamiento jurídico no lo define como tal.

La doctrina y la jurisprudencia han intentado aclarar el concepto, el Tribunal Supremo, en adelante TS, en la STS nº1983/5553, de 19 de octubre⁹ delimita más g z r n ¶ e k v c o g p v g " n c *la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía determinando la misma parte integradora de la r c v t k c " r q v g u v c f ø 0*

Para esclarecer su definición pueden tenerse en consideración visiones de diferentes autores que la expresan como ÷ n c " u k v w c e k » p " f g " e q p x k x g p e k c *menor y su progenitor o sus progenitores y que tiene por objetivo el cuidado, la g f w e c e k » p " { " n c " h q t ø c e k » p " k p v g i t c n " f g " c s w g n*

El concepto no es único sino que se divide en diferentes tipos. En primer lugar, la guarda y custodia que recoge el CC como individual, donde uno de los progenitores n c " v k g p g " c v t k d w k f c " r c t u a r e g m a n " d e { v i s i t a s q u e f a v o r g n " e q p v t c *del otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos*¹⁰

⁸ CATALÁN FRÍAS, M. J. *La custodia compartida*. Revista Derecho y Criminología. nº 2.2011. p.60-67

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº5553/1983, de 19 octubre de 1983.

¹⁰ RAGEL Sf NCHEZ, L.F. *La guarda y custodia de los hijos*. Revista de Derecho Privado y Constitución. nº15. enero-diciembre 2001. p. 289.

¹¹ CATALÁN FRÍAS, M. J. *La custodia compartida...cit.*, p.66.

En segundo lugar, destaca la guarda compartida, régimen entendido como aquel en

el que los progenitores se reparten la custodia sin coincidir físicamente entre ellos

de forma que ninguno de ellos ejerce la custodia unilateralmente y toman

12

Cabe señalar un tercer tipo, entendido como excepcional, la guarda y custodia ejercida por una tercera persona, atribuyéndose a un tercero la guarda por considerar el juez esta opción la más adecuada.

Se entiende, por tanto, de forma muy general, la guarda y custodia como aquella figura que consiste en designar a uno de los progenitores como aquel encargado del cuidado directo y diario de los hijos con el objetivo del correcto desarrollo del menor mediante la protección máxima de su interés. Entendiendo que los progenitores no conviven, razón por la cual no es posible el ejercicio conjunto, haciendo surgir así este concepto independiente a la figura de la patria potestad.¹³ Pese a ello, cabe precisar que no es posible determinar un único tipo de custodia, ni por tanto una definición clara de la misma, debido a las diferentes variantes y cambios que se han derivado de su aplicación y que serán tratadas a lo largo del trabajo.

1.2 EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA.

La evolución normativa de la guarda y custodia parte del Código Civil de 1889 y de la Ley del Matrimonio de 18 de junio 1870 las cuales determinaron que tras la crisis matrimonial la custodia del menor se atribuiría de acuerdo al principio de culpabilidad y por tanto se asignaría al cónyuge considerado no culpable o a un tutor, salvo que el menor tuviese menos de 3 años, en tal caso, la asignación sería a la madre.

¹² PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida en la práctica judicial española: Los criterios y factores para su atribución*. Misión Jurídica. nº8. 2015. p. 44.

¹³ CATALÁN FRÍAS, M. J. *La custodia compartida...cit.*, p.60-70.

Años más tarde, con la segunda república aparece la Ley del Divorcio¹⁴ y permite que sean los progenitores los que acuerden la custodia de los menores y establezcan la pensión de alimentos correspondiente, dejando de aplicarse el principio de culpabilidad.

Con el franquismo toda esta normativa queda derogada, y no será hasta la Constitución de 1978 cuando se regularán de nuevo los derechos sobre matrimonio o separación, siendo los arts.32 y 39 CE los que darán pie a la aprobación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, la cual permitirá que los progenitores se relacionen con sus hijos tras las crisis matrimoniales.

Acto seguido la Ley 30/1981 de 7 de julio modifica la regulación del matrimonio en el CC y se decanta por la custodia de carácter monoparental con preferencia hacia la madre, presentando el concepto de interés superior de menor como criterio que sustituye el principio de culpabilidad¹⁵.

Seguidamente con la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, el CC vuelve a ser modificado, y da lugar a una innovación importante permitiendo otorgar la guarda y custodia en función del beneficio del menor y no a favor únicamente de la madre.

¹⁴ Artículo 17. Ley de Divorcio de 1932 *õ C " h c n v c " f g " c e w g t f q . " s w g f c t c p " n q cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidir^a en poder de cual de ellos han de quedar o los mandar^a proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil.*

¹⁵ IGLESIAS MIRANDA, F. *Evolución de la Guarda y Custodia en España en los procesos de divorcio y su tratamiento en Mediación Familiar.* Intersubjetivo Revista de Psicoterapia Psicoanalítica y Salud, nº11(1), 2011. p.1156122.

En último lugar, destaca la Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Separación y Divorcio, que supone una modificación doble y reconoce la guarda y custodia de carácter compartido, estableciendo como objetivo principal el respeto del interés superior del menor, buscando la forma de regulación más beneficiosa para su relación con ambos progenitores mediante la elaboración del convenio regulador.¹⁶

La *k p v g p e k » p " f g " g u v c " g s e x p l i c a t e m e n t o d e s e l e d a p e r s p e t i v o a c v k x c " g u " de la igualdad del padre y de la madre en derechos y obligaciones, sino desde la r g t u r g e v k x c " f g " n c u*¹⁷. *p* Consecuencia de ello el cambio " *n q u " j k l* significativo y generador de grandes avances respecto a la protección de los menores ante una crisis matrimonial, y las consecuencias derivadas de la misma.

De igual manera y debido a la misma necesidad las comunidades autónomas han optado por abordar esta materia, por ejemplo Cataluña de manera casi pionera, mediante la Ley 25/2010 de 29 de julio, regulando así la guarda y custodia y el modelo compartido¹⁸.

1.3 LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

A nivel estatal el Código Civil Español regula la guarda y custodia en su Título IV, del matrimonio, Capítulo IX de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio en sus artículos 90 y siguientes. Es preciso diferenciarlo de la regulación de la patria potestad, que corresponde al Título VII, de las relaciones paterno filiales, en sus art. 154 y siguientes.

¹⁶ VALBUENA NAVARRO, A. *El continuum de la custodia compartida*. Psicología clínica legal y forense, vol.15. 2015. p.91-107

¹⁷ VI§ AS MAESTRE, D. *Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda*. Revista para el análisis del Derecho, InDret, nº 3. Julio 2012. p.5.

¹⁸ IGLESIAS MIRANDA, F. *G x q n w e k » p " f g " n c " I w c t f p . 1 5 6 1 2 E w u v q f k c " g p " G*

Se parte de la idea de que la forma más común de ejercer la guarda y custodia era de forma unilateral, atribuyéndose o al padre o a la madre, siendo el progenitor al que se le atribuye el encargado del cuidado y atención diaria. Al otro progenitor de forma diferente, le sería otorgado de acuerdo al art. 94 CC, un régimen de visitas para poder ejercer las funciones referentes a las necesidades de sus hijos.

U g " u q u v n k c g " p i g w " c s t w f g c " " ÷ e q k p e k f g " e c u k " r n g p c o g p v g " no significa que el otro progenitor pierda la patria potestad, de la cual continúa u k g p f q ¹⁹, por tanto, cabe precisar que ambos progenitores en caso de nulidad, separación, o divorcio deberán seguir cumpliendo con sus obligaciones.

La distribución de las obligaciones se determinará por los propios progenitores de mutuo acuerdo y con base a la autonomía de la voluntad, atendiendo al convenio regulador establecido por los mismos, donde se especificará la regulación elegida siguiendo los diferentes apartados del art. 90 CC , y en caso de no haber acuerdo ni convenio, se decidirá con base en el art. 91 CC, por parte del juez en función siempre del interés superior del menor²⁰.

También aunque de manera más limitada por los perjuicios que pueda ocasionarles, regula el CC la guarda distributiva, la cual supone separar a los hermanos, el art. 96.2 CC contempla la posibilidad ÷ e w c p f q " c n i w s p q q e d e l l e n g a " n q u " j k l e q o r c ° ¶ c " f g " w p q " { " n q u " t g u v c p v g u " g p " n c " f g n por el contrario, puede verse como el art. 92.5 CC opta por no recomendar esta distribución, y establece que ÷ g n " L w g | . " c n " c e q t f c t " n c " i w c t fundamentar su resolución, adoptar^a las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los j g t o c p q u ø 0

¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Ed. Dykinson. Madrid. 2007. p.52

²⁰ VIÑAS MAESTRE, D. *Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura..cit..* p.4-7.

Se regula también, aunque de forma excepcional por el art. 103.1 CC la guarda y custodia ejercida por una tercera persona, encomendando a los menores a otros parientes, tales como los abuelos, o en caso de no ser posible, a instituciones que sean consideradas idóneas para ejercer tal responsabilidad.

Por último, y siendo la modalidad más empleada y novedosa, el régimen de carácter compartido, caracterizado por la atribución de la guarda y custodia a ambos progenitores, y regulado en el art. 92 CC tras la reforma de 2005, la cual supuso una modificación legislativa con base en el interés superior del menor.

1.4 LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.

El Código Civil de Catalunya está formado por 6 libros que regulan la materia, contando así con su propia normativa autonómica. En este sentido, el régimen de guarda y custodia en Cataluña posee su propia regulación y peculiaridades en comparación con la regulación estatal.

Es con la aprobación de la Ley 25/2010 de 29 de julio, la cual corresponde al Libro II del Código Civil Catalán, de la persona y la familia, cuando se recogen novedades en la regulación de la guarda y custodia. Con anterioridad la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, no contemplaba expresamente la guarda de carácter colectivo, pero tampoco la prohibía como tal.

Las reformas derivadas han sido tanto materiales como terminológicas, primeramente se deja de hablar de patria potestad y se pasa a potestad del padre y de la madre, y en esta última reforma el término guarda y custodia se sustituye por un término menos restrictivo, la responsabilidad parental, eso sí manteniendo el interés superior del menor como estructurador de la regulación.

La regulación material, relativa al cuidado de los hijos ante situaciones de crisis matrimoniales queda comprendida del art. 233-8 al 233-13 CCCat, en ellos se recoge la responsabilidad parental, el plan de parentalidad, el ejercicio de la guarda

y custodia, y los mínimos que deberá contener el convenio regulador o la sentencia judicial. Partiendo todo ello del art.236-17 CCCat, el cual de manera imperativa, establece el deber de los padres de tener en su compañía y encargarse de las necesidades de sus hijos²¹.

La normativa catalana se caracteriza por la introducción del plan de parentalidad, incorporado en el convenio regulador, a través del cual las partes deben establecer cómo ejercerán las responsabilidades parentales con sus hijos, queda regulado en el art. 233-9 CCCat el cual contiene las propuestas y criterios mínimos a cumplir.

El plan será de obligado establecimiento y cumplimiento. En caso de que se haya pactado mediante un procedimiento de mutuo acuerdo, se hará con base en el art. 233-2.2 CCCat, por el contrario si se da durante el proceso de divorcio quedará regulado por el art. 233-8.2 CCCat, ya que será la autoridad judicial la que decida con base en el interés superior del menor, y en relación con lo contenido del art. 233-10 y 233-11 CCCat, que delimita el ejercicio y criterios para decidir el régimen²².

Respecto a la normativa más novedosa introducida por la reforma de 2010, es destacable el art. 233-8 CCCat, que hace referencia a la posibilidad de establecer un régimen compartido de guarda y custodia en situaciones de separación, divorcio o nulidad. Si bien, esta forma de regulación compartida no se atribuye de manera automática, pero si preferente, sin perjuicio del art. 233-10 CCCat²³, el cual deja en

²¹ RINCÓN ANDREU, G. *Guc t f c " e q o r c t v k f c < " N c " f q e v t k p c " f g " n c u "* *Cataluña y su evolución*. 2020. p. 125-129

²² RINCÓN ANDREU, G. *Guc t f c " e q o r c t v k f c < " N c " f q e v t k p c " f g " n c u "* p.139-140

²³ Artículo 233-10. Ejercicio de la guarda. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: *÷ 4 0 " N c " c w ul,qstndkexiste ficletdowf k e k si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al k p v g t ^ 2 u " f g n " j k l q 0 ÷*

manos de la autoridad judicial la posibilidad de optar por un régimen de carácter individual, de manera motivada y por considerarlo más conveniente para el interés del menor.

De acuerdo al art.211-6.1 CCCat, no hay que olvidar la necesaria audiencia de los hijos mayores de 12 años o menores, por poder esta incidir en sus preferencias y futuro desarrollo.

1.5 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

La regulación civil estatal y Catalana en referencia a la guarda y custodia se proyecta en torno a la garantía del interés superior del menor, principio que se extrapola a todas las situaciones y decisiones en las que sea de aplicación, entendiéndose que toda decisión buscará primordialmente satisfacer los intereses del menor, independientemente de por quien sea tomada.

Este principio consiste en *proteger su ser o esencia de persona lo que, en el plano jurídico, supone ante todo, la protección y salvaguarda de sus derechos* *h w p f c o g p v c n g u " t g e q p q e k f q⁴ u s e e n t i e n d e p o r t a n t o t f g p c o k g l* como un principio cuyo objetivo es la protección del desarrollo y personalidad del menor, por tratarse de un interés especial que debe de ser asegurado.²⁵

Es un concepto indeterminado, ya que ninguna norma lo define como tal, pese a ello tiene un alcance jurídico de carácter absoluto vinculando directamente a todas las partes, siendo el órgano encargado de aplicarlo el que deba delimitar el contenido del principio²⁶ así lo ha expresado el TS en STS nº565/2009 de 31 de

²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *G n " k p v g t 2 icit'.pf159.n " o g p q t í*

²⁵ Así lo establece la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y la Declaración Universal de los Derechos del Niño celebrada en Nueva York en 1959.

²⁶ SANCHEZ-EZNARRIAGA, L. Z. *Marco Jurídico Paterno-Filial En Las Rupturas De Pareja*. Ed. Bosch. 2021. p. 43-47

julio²⁷ como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente la aplicación de la norma, correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juicio que sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en conjunto.

Es cierto, que pese a la falta de definición, el TS ha expresado su relevancia en el procedimiento, puntualizando lo que importa es garantizar o proteger con este fin.

De igual forma, el TC establece su trascendencia en diferentes sentencias, tales como STC n°127/2013, de 3 de junio²⁹ o STC n°186/2013, de 4 de noviembre³⁰ determinando que los poderes públicos, incluido el judicial, deben velar por el superior interés y dignidad de los menores.

Así el pleno del TC en Auto núm.301/2014, de 16 diciembre³¹ extrae de la ley el concepto de "superior interés del menor", que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativos como judiciales³², a su vez que el superior interés del menor debe inspirar la actuación jurisdiccional en los procesos matrimoniales y de familia³³, y por consiguiente que

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo n°565/2009, de 31 de julio de 2009. Recurso n° 247/2007.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo n°579/2011, de 22 de julio de 2011. Recurso n° 813/2009.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional n°127/2013, de 3 de junio.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional n°186/2013, de 4 de noviembre.

³¹ Pleno del TC en Auto núm.301/2014 de 16 diciembre. Cuestión de inconstitucionalidad 1525/2014.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional n°138/2014, de 8 de septiembre. Recurso n°138/2014. FJ 3.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional n°217/2009, de 14 de diciembre. Recurso n° 217/2009.FJ5.

el art. 39.3 CE impone a los padres, por igual, el deber de prestar asistencia a los hijos con independencia de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio, o incluso de que el

Por lo que de acuerdo a esta idea, el interés superior del menor también denominado *principio favor filli* debe de primar en todas aquellas decisiones, emanen de los progenitores o del juez, que supongan la determinación de la guarda y custodia, o cualquier otra decisión semejante que afecte a los intereses del menor, al considerar que el beneficio de este está por encima de la voluntad de sus progenitores, lo que convierte en el interés del menor en el principio rector fundamental de cualquier decisión.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional nº19/2012, de 15 de febrero. Recurso nº 19/ 2012. FJ 5.

2. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

2.1 CONCEPTO JURÍDICO, TERMINOLOGÍA Y EVOLUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Por guarda y custodia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la convivencia de los progenitores ó no convivientes ó con sus hijos e hijas menores de edad, reconociendo los derechos y obligaciones a ambos, para que estos participen de forma activa en el cuidado de sus hijos, respetando el principio de corresponsabilidad parental mediante una distribución racional del tiempo de convivencia de cada uno de los progenitores con sus hijos menores, acordada voluntariamente entre aquellos o en su defecto por decisión judicial.³⁵

Este régimen compartido queda amparado legalmente bajo dos derechos necesarios *÷ g n " f g t g e j q " f g " n su relación con sus dos" r t g u g t x o* progenitores, y el derecho y deber de los padres de mantener una relación equilibrada y continuada con los hijos, prestarles asistencia, tenerlos en su compañía, alimentarlos y *g f w e c³⁶t n q u ø*

Su aplicación ha proliferado en los últimos años, el TS a través de sus actuaciones ha delimitado el régimen de custodia compartida como *÷ g n " t ² i k o g p " o " a u " p q t* *f g u g* por ejemplo en STS nº194/2018, de 6 de abril³⁷ *r q t " e q p u k a s g t c t n q " g n* conveniente al permitir la integración del menor con ambos padres *ø 0*

G u v g " p w g x q " o q f g n q se divide en dos sistemas, el conjunto y v q f k c " ÷
el alterno, consistiendo este segundo en que el hijo conviva con cada progenitor

³⁵ Artículo 3. Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Boletín Oficial del Estado. 7329. 2011.

³⁶ GARCÍA DE LEONARDO, M.T. *Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida*. Revista de Derecho Patrimonial. nº 22. Ed. Aranzadi. 2009. p.4

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº194/2018, de 6 de abril. Recurso nº1430/2018.

por períodos alternos o sucesivos³⁸, es esta la novedad introducida por la LO 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio a nivel estatal.

De la misma manera a nivel autonómico las Comunidades Autónomas que cuentan con derecho civil propio han incorporado sucesivamente este nuevo régimen a su legislación, en el caso de Cataluña con la Ley 25/2010, de 29 de julio.

2.2 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO CIVIL.

A nivel estatal la primera regulación del régimen de guarda y custodia compartido se encuentra en la Ley 15/2005³⁹ concretamente de su art. 92 CC.

Esta ley intenta resolver problemas anteriores. Con anterioridad el art. 92.3 CC regulaba únicamente la guarda y custodia individual, permitiendo en casos excepcionales la forma compartida, adoptada de común acuerdo y sin privar al progenitor no conviviente de cualquier facultad referente al hijo.⁴⁰ A partir de la reforma la responsabilidad sobre el menor se reparte para que ambos progenitores tengan las mismas facultades. Desaparecen así las denominaciones que diferenciaban al progenitor custodio del no custodio, dado que ambos pasan a actuar conjuntamente⁴¹.

³⁸ GODOY MORENO. A. *La Guarda y Custodia Compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa*. nº3. 2003. p.315-342.

³⁹ Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Separación y Divorcio. Boletín Oficial del Estado. 163.11864 (2005)

⁴⁰ MONTERO AROCA, J. *La custodia compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación y divorcio*. Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. nº7.2001. p.36

⁴¹ ORTIZ IBAÑEZ, M. *La custodia compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación y divorcio*. Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. nº7.2001. p.36

Pese a la novedad, ya con anterioridad los tribunales aplicaban este régimen compartido, como se observa en SAP Valencia nº1261/2008, de 26 de febrero⁴², puesto que el hecho de no quedar prohibido por ley permitía que fuese otorgado con base en el art. 92.2 CC y en beneficio de los menores. Por ello sentencias como la SAP Castellón nº 279/2003, de 14 de octubre⁴³ consideran su aplicación al entender que, con base en el art.90 y 92 CC, la custodia compartida no se regulaba pero tampoco se prohibía. Por tanto, la nueva regulación suscribió aquello que los tribunales ya venían aplicando escuetamente. Aun así, no se establecía como preferente y se rechazaba por gran parte de la doctrina, por ello limitadas veces se aplicaba.⁴⁴

La reforma se centró en garantizar el interés superior del menor basándose en que la relación diaria con ambos progenitores influye positivamente, tal y como establece la SAP Navarra nº50/2013, de 2 de abril⁴⁵, por lo que en caso de separación se debe mantener una relación que garantice al menor un desarrollo adecuado, superando la antigua concepción de régimen individual, y dando lugar a un gran avance social.⁴⁶

Cabe destacar que en esta nueva regulación no se define como tal la forma compartida, sino que diferencia entre modalidades y en función de quien la solicita o la otorga, si es a instancia de parte o de oficio, o si el progenitor se encuentra incurso o condenado en un proceso penal.

El art. 92 CC fue la mayor novedad de la reforma en materia de guarda y custodia compartida. Pese a ello fue criticado al entender que *la regulación de la custodia*

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº1261/2008, de 26 de febrero. Recurso nº1226/2006. FJ 2.

⁴³ Sentencia Audiencia Provincial de Castellón nº279/2003, de 14 de octubre.

⁴⁴ ESPÍN ALBA, I. *Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo*. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, nº1. vol.21. Diciembre 2019. p.68-70.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº50/2013, de 2 de abril de 2013. FJ 2.

⁴⁶ ALFONSO RODRÍGUEZ, M.E. *Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la LEC: guarda y custodia compartid*. Anales de la Facultad de Derecho. nº23. 2006. p.83-97

compartida o alternativa recogida en los arts. 90 y 92 CC. es un ejemplo de mala técnica legislativa y de peor técnica legislativa. Fundamentándose la crítica en haberse centrado más en aquellos supuestos donde no debía ser aplicada que en precisar las condiciones necesarias que permitiesen progresar en la regulación material de la misma.

El art. 92 CC está compuesto por 9 apartados, manteniendo únicamente de la regulación anterior los apartados 1 y 3.

De acuerdo a su apartado 4 se permite que los padres de mutuo acuerdo o mediante convenio regulador determinen el modo de configurar el régimen, sometiéndolo al control necesario del juez, que velará para garantizar el interés superior del menor, y en caso de ser necesario, impondrá las medidas que considere apropiadas para el correcto cumplimiento, pudiendo tal y como establece el art. 92.5 CC modificarlas ante cambios sustanciales en la relación⁴⁸.

El art. 92.6 CC, en relación también con el apartado 2, otorga al juez la potestad de adoptar la decisión correspondiente, si bien, no lo hará discrecionalmente sino que deberá oír a los menores que sean parte, noción de vital importancia plasmada en STSJ Cataluña nº78/2012, de 23 febrero⁴⁹, asimismo atenderá a lo convenido por el informe del MF, valorando conjuntamente las alegaciones y pruebas practicadas que le permitan determinar el régimen más idóneo.

El nuevo artículo 92 CC permite a su vez introducir límites para salvaguardar el interés del menor, en su apartado 7 limita la posibilidad de adopción del régimen de guarda y custodia compartido g p " c s w g n n q u " *cualquiera de los* " n q u " s w g

⁴⁷ GUILARTE MARTÍN-VALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014. p.20-21.

⁴⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. *Nadie pierde : la guarda y custodia compartida : aspectos jurídico-procesales*. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de justicia y litigación

÷ C n q p u q " O c t v ¶ p g | ø 0 " G f -k30. q t k c n " F { m k p u q p 0 4 2 3 : 0 " r 0 3 4 8

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº78/2012, de 23 febrero.

padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que *q p x k x c p* ", *del mismo modo* *n c " c r n k e c e k » p " e w* *la existencia de indicios fundados de* *g t x g " ÷* violencia doméstica. Situaciones de especial trascendencia y trasfondo social que serán analizadas en los siguientes apartados del trabajo.

Los apartados 5 y 8 de este mismo artículo establecen una regulación dispar, pero interrelacionada, como especifica la STS nº579/2011, de 22 julio⁵⁰, que concreta la posibilidad de que a falta de acuerdo una de las partes solicite la custodia. Este primer apartado dispone la necesidad de mutuo acuerdo entre los progenitores para la solicitud del régimen compartido, por el contrario y de manera excepcional, el apartado 8 versa sobre la custodia compartida no consensuada, y permite al juez acordarla en defecto de convenio, cuando sea solicitada por un único progenitor o entienda que es la manera más efectiva de garantizar el interés del menor.

El apartado 8 tuvo sus controversias, en un primer momento se requería para tal decisión un informe favorable del MF, sin embargo, la STC 185/2012 de 17 de octubre⁵¹ declaró inconstitucional la necesidad de dicho informe favorable, al entender que carecía de carácter vinculante, basándose en que en caso de ser así, la exigencia iría en contra del art. 117.1 CE⁵², y en la idea de que los jueces pueden adoptar medidas para ellos consideradas oportunas centradas en el interés superior del menor.

Por último, el apartado 9, permite que el juez recabe un dictamen de especialistas cualificados para clarificar su decisión en cuanto la idoneidad del ejercicio, tanto

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo nº4924/2011 de 22 de julio. Recurso nº 813/2009. FJ 3.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº185/2012 de 17 de octubre 2012.FJ 5.

⁵² C t v ¶ e w n q " 3 3 *La Justicia en España* *el pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la n g. { φ*

de la patria potestad como de la guarda y custodia.

Consecuentemente, puede deducirse del art.92 CC y de la manifestación de los tribunales *si bien si quiera en los supuestos en que se solicite de mutuo acuerdo la custodia compartida, esta es automática, sino que el Juez deberá ponderar determinadas circunstancias indiciarias de que la misma es beneficiosa para el o g p q̄ t φ 0*

Como inciso, cabe señalar el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental presentado en 2015, el cual surge con el objetivo de dar preferencia a la guarda y custodia compartida, dejando de considerarla como algo excepcional. Para ello se pretendía introducir el art. 92bis CC a fin de *conseguir un sistema legal donde desaparecieran las rigideces y las preferencias por la custodia o q p q r c taún p v c n φ .* con ello, no se producía un cambio circunstancial, pues el régimen compartido seguiría sin ser preferente, quedando a disposición del juez y en torno al interés del menor la decisión a tomar.

Finalmente no llegó a aprobarse, aún así las comunidades autónomas tomaron las riendas del asunto para regular la guarda y custodia innovando sobre las ideas anteriores.

2.3 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LA PERSONA Y LA FAMILIA.

La guarda y custodia compartida en Cataluña queda regulada mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, basada en el principio de coparentalidad, garante del derecho del menor a mantener similar relación con ambos progenitores.

⁵³ GARCÍA RIVAS, F.J. *Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil*. Revista Jurídica de la Región de Murcia, nº37. 2006. p.92.

El régimen catalán se basa en dos parámetros clave. La correcta elaboración del Plan de Parentalidad, y la importancia del modelo de guarda conjunto, modelo que el juez adoptará cuando las circunstancias lo permitan, tal y como se observa en STSJ Cataluña nº22/2015, de 9 de abril⁵⁴, que rechaza la preferencia automática del sistema compartido al no darse las condiciones favorables para el mismo.

La regulación se focaliza en el art. 233-8 CCCat y ss. que entienden que en casos de ruptura de la convivencia no quedarán alteradas las responsabilidades de los progenitores para con sus hijos, sino que estas pasarán a ejercerse de forma conjunta⁵⁵, por lo que es apreciable el propósito de colaboración entre ambos, deduciéndose de la actuación de los tribunales, en STSJ Cataluña nº 73/2016, de 28 de septiembre⁵⁶, donde se opta por este régimen al considerar las condiciones adecuadas para el mismo. Del mismo modo, y tal y como ocurría a nivel estatal, el régimen compartido era ya aplicado por los tribunales catalanes con anterioridad, adoptado en sentencias como la SAP Girona nº108/2001 de 25 febrero⁵⁷ o SAP Barcelona nº512/2005, de 20 de septiembre⁵⁸.

La capacidad de autorregulación la otorga el art. 233-9 CCCat mediante un Plan de parentalidad, por medio del cual detalladamente los progenitores regulan los derechos y deberes a ejercer sobre sus hijos, pudiendo someterse a mediación familiar para resolver los problemas derivados de su elaboración y aplicación. Quedando el plan definido como aquel con el objetivo de *concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales, haciendo*

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº3492/2015, de 9 abril. Recurso nº129/2014.

⁵⁵ RINCÓN ANDREU, G. *Guc t f c " e q o r c t v k f c < " N c " f q e v t k p c " f g " n c u "* p.125-148.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº8257/2016 de 28 septiembre. Recurso nº95/2015.

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona nº108/2001, de 23 febrero 2001. Recurso nº488/200.

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº512/2005, de 20 de septiembre.

*constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos*⁵⁹.

Sin embargo, ante la falta de entendimiento entre las partes, y en relación al art.233-10 CCCat, la normativa permite que la autoridad judicial determine el régimen concreto y su forma de cumplimiento con arreglo al art.233-8 CCCat, y en concordancia al interés superior del menor. Pudiendo excepcionalmente, otorgarse de acuerdo al apartado 4, a otros parientes o instituciones idóneas en caso de ser necesario⁶⁰.

Es el art. 233-11 CCCat, el que establece los criterios por los que deberá de regirse el plan, detallando las pautas a seguir en su elaboración y ejercicio, contemplando aquellos requisitos que la jurisprudencia ha fijado, y que han quedado mediante esta regulación positivizados⁶¹. Dichos requisitos deberán cumplirse como base de mínimos, pues es observable como los tribunales catalanes delimitan las condiciones adecuadas para el establecimiento de la custodia compartida en STSJ Cataluña nº38/2015 de 25 de mayo⁶², en la que al cumplirse las condiciones se decreta el régimen compartido, precisando con ello los requisitos convenientes para el régimen, o por el contrario, en STSJ Cataluña nº36/2012 de 22 de mayo⁶³ donde se deniega la custodia compartida por no cumplirse tales requisitos, lo que demarca cuales han de ser los necesarios.

⁵⁹ Artículo 233-9 Código Civil de Cataluña.

⁶⁰ RINCÓN ANDREU, G. *Guc t f c " e q o r c t v k f c < " N c " f q e v t k p c " f g " n c u "* p.126-129.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº5532/2014, de 22 de mayo. Recurso nº140/2013

⁶² Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 5187/2015 de 25 de mayo. Recurso nº84/2014.

⁶³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº5532/2014, de 22 de mayo. Recurso nº140/2013. FJ 3.

Este mismo artículo, en su apartado 3, impone un límite sobre la guarda y custodia conjunta y prohíbe la posibilidad, al igual que lo hace el CC, de conceder la guarda y custodia a aquel progenitor contra el que se haya dictado sentencia firme, o contra el que haya indicios fundados de que ha cometido violencia familiar o machista, actos de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas. Introduce una excepción de vital importancia, e incluye la novedad como aparente solución ante el problema de la violencia de género cuando pueda afectar en este concreto ámbito, y que será de análisis posteriormente.

Una comparativa en torno a las dos normativas y sus preceptos a mi parecer más relevantes, permite observar que ambas regulan los aspectos y límites del régimen de forma aparentemente similar, aunque precisándose con mayor detalle en la regulación autonómica.

Pese a que ambas manifiestan la importancia del régimen compartido, las diferencias son evidentes, ya que a nivel estatal la nueva regulación formalmente no prioriza sobre la forma compartida, sino que para su aplicación requiere que sea solicitada por las partes bien de mutuo acuerdo o por una de ellas ante situaciones especiales.

En este sentido, y de diferente manera, el Código Civil Catalán si regula la custodia compartida de manera pormenorizada, determinando los requisitos para establecerla y ejercerla. Por tanto, es destacable la actuación del legislador catalán por ser más novedosa, apropiada y efectiva, no obstante, la jurisprudencia del TSJ de Cataluña no da preferencia a la guarda y custodia compartida sino que la supedita al interés superior del menor.

3. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

La violencia de género es la discriminación causada por una desigualdad de poder del hombre sobre la mujer, ejercida tanto física como psicológicamente, cuando entre ellos se da, o haya dado, una relación de análoga efectividad, de tal manera que queden afectados ciertos bienes jurídicos que el ordenamiento trata de proteger. El maltratador con su conducta violenta no pretende solo ocasionar lesiones, sino aleccionar a la mujer posicionándola en una situación de subordinación, dejando constancia de que él es el que mantiene la autoridad en la relación⁶⁴. Como consecuencia de ello el TS⁶⁵ se ha pronunciado determinando que, cualquier acto en el que sea ejercida violencia del hombre sobre la mujer, cuando sean o hayan sido pareja, será entendido como violencia de género.

Este problema social proliferó con los años, lo que supuso que el legislador desde 1999 hasta 2015 reformase la normativa correspondiente en diversas ocasiones, con el objetivo de sancionar todo acto violento dado en el ámbito familiar y dirigido contra las mujeres u otras víctimas.

Haciendo referencia a la violencia de género que se da en el ámbito familiar, por tanto, no tiene como única y exclusiva víctima a la mujer, sino que se expande creando un clima familiar violento que repercute, en el caso de haber hijos menores, también en estos, pasando a considerarse víctimas directas o indirectas cuya protección resulta prioritaria para evitar que puedan verse afectados en su desarrollo, salud, o comportamiento.⁶⁶

⁶⁴ LORENTE ACOSTA, M. *¿Qué más no se puede hacer en violencia de género? Violencia Machista*. nº2224. Febrero 2016. p.53

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo nº 677/2018, de 20 de diciembre. Recurso nº 1388/2018.

⁶⁶ GIMENEZ CHORMET, V. *La violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*. nº16. Abril 2019. p.78-81

En un primer momento, la protección se encaminaba exclusivamente hacia la mujer, no siendo hasta 2015 cuando los menores afectados por estas situaciones recibieron el estatuto de víctima, generando por ello la redacción de diferentes preceptos legislativos para regular la nueva condición.

Por tanto, en los supuestos de violencia de género donde existen menores de edad se trabaja para evitar o condenar cualquier tipo de violencia injustificada, siguiéndose un tratamiento especial donde se determina como quedarán las relaciones, obligaciones y deberes de los progenitores sobre sus hijos, centrándose no solo en el delito cometido sino en el interés superior del menor. Ello mediante una valoración objetiva que permita identificar, a través de los informes de especialistas⁶⁷, si existe o no violencia y riesgo para el menor.

Con base en las referencias sobre los distintos modos de ejercer la guarda y custodia, puede verse lo práctico y positivo que resulta el régimen compartido, siempre y cuando, se adopte en circunstancias idóneas para el menor. Entendiendo que la violencia de género, en caso de desencadenarse, puede afectar al menor independientemente de la edad o el conocimiento que pueda tener sobre la misma, incidiendo en su desarrollo y salud, por lo que todo lo positivo del régimen compartido desaparece⁶⁸, por consiguiente se denota la necesaria respuesta dada en la regulación del art. 92.7CC o. 233-11.3 CCCat.

Ambos preceptos establecen en síntesis que no procederá la guarda conjunta, ni podrá darse la guarda al progenitor, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por delitos de la violencia de género, se haya dictado sentencia firme por lo mismo, o existan indicios fundados de la presencia de tal violencia.

La regulación refiere a distintos supuestos, uno de ellos cuando el progenitor esté ~~e q p f g p c f q " r q t " u g p p r o c e d e r a t r i b u i r l a g u a r d a y c u s t o d i a p f g " ÷~~ *de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y e q o w p k e* La prohibición es inmediata y la materia pasa a no ser de libre

⁶⁷ Artículo 92.9 del Código Civil.

⁶⁸ RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ. S. *La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar*. Practicas de tribunales.nº10. Ed.La ley 2013. p.2-22

disposición por las partes, lo que hace que las decisiones tomadas de mutuo acuerdo no vinculen al tribunal, llegando a considerarse incluso por el TS⁶⁹ incompatible el régimen compartido en estos supuestos violentos, siendo el juez quien resuelva *u q d t g " g n " v k r q " f g " t 2 i k o g u e n t a c o ñ i n f o r m a c i ó n c t " g p v g p* *suficiente para valorar las circunstancias concretas de cada caso, y privarle de la posibilidad de incorporar una valoración acerca de la entidad de los hechos penales y su incidencia en el desarrollo del régimen de custodia equivale a impedir que lleve a cabo una auténtica fundamentación de su f g e k . I d e a s i m i l a r* pretende el caso en el que el progenitor está incurso en un proceso penal, entendiéndose que no le será atribuida la guarda y custodia, ni individual ni compartida, pudiéndose a petición de parte revisar el régimen de guarda establecido o a establecer⁷⁰.

Todo ello, sin obviar que hablamos del interés de un menor, unido al derecho de éste a mantener el contacto con ambos progenitores, razón por la cual, no procede una decisión automática, sino que se requiere de una valoración judicial razonada y constatada por profesionales especializados para evitar situaciones negativas⁷¹.

Por tanto cabe destacar la doble actuación legislativa y judicial consistente en la protección de las víctimas de dicha violencia, tanto de la mujer para acabar con la violencia en el que se encuentra incurso, como del menor para proteger su desarrollo y permitir la relación paterna, siempre cuando sea posible y sin perjuicio alguno.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 26/2016, de 4 de febrero. Recurso nº 3016/2014.

⁷⁰ RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ. S. N c " c v t k d w e k » p " p . 2 2 . n c " e w u v q f k c í " e k

⁷¹ AGUEDA RODRIGUEZ, R. *La Guarda compartida y el interés superior del menor : supuestos de exclusión*. Editorial Hispalex. 2016. p.725-727

3.1 LEY ORGÁNICA 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: LA PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

La presencia de la violencia de género y las demandas sociales condenándola requerían de una evolución normativa que derivó en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Supuso un cambio del panorama normativo, cuyo objetivo primordial fue la lucha contra la violencia de género, entendida como la desigualdad manifestada en nuestra sociedad dirigida a las mujeres, solo por el hecho de serlo.

Primeramente, diferenció la violencia doméstica de la de género, haciendo *t g h g t g p e k c " c " "rogouctodé" violenci física y psicológica," incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertadø 0 "*

Además incidió en todos los ámbitos en los que la violencia podía suponer un perjuicio, y por consiguiente en el ámbito familiar, que fue regulado detalladamente por entenderse el núcleo donde las personas debían sentirse más protegidas, y por tanto, donde la violencia generaba un grave perjuicio.

La LO 8/2015, de 22 de julio, modificó la presente con la pretensión, tal y como dictamina en su art.1, de considerar a los menores como víctimas directas de los supuestos de violencia de género, *g z r q p k g " la situación de violencia sobre la mujer afecta también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas dk t g e v c u " q " k p f k t g e, v fue utrás festa " g u v c " x* consideración cuando el menor pasó a ser escuchado y dotado de diversas formas de protección en el proceso, entendiendo que su protección garantiza también la de la mujer.⁷²

⁷² JES—S MILLf N DE LAS HERAS M. *La jurisdicción de menores ante la violencia de género.* Revista de estudios de juventud nº86. Septiembre 2009. p.146

La ley abarca diversos aspectos, en parte como consecuencia de las obligaciones derivadas de Directivas Europeas⁷³, señalando medidas preventivas, educativas, sociales y asistenciales, a tomar por los distintos profesionales que traten la situación.

Introdujo además como novedad, los delitos contra los derechos y deberes de familiares dentro de la violencia género, considerando la violencia como física, económica, y patrimonial.

Creó los juzgados de violencia contra la mujer como especialización dentro del orden jurisdiccional penal, competentes para conocer de los delitos referidos y de las consecuencias civiles de los mismos, dotando de relevancia a la figura del MF, pasando este a formar parte de los procesos civiles de nulidad, separación, divorcio y guarda y custodia de los hijos.

Aumentó las penas mediante modificaciones previstas en los arts.33 a 42, introduciendo el tipo agravado con una mayor sanción para los delitos producidos contra quien hubiera estado ligado al autor aun sin convivencia. Modificaciones que afectaron también al ámbito civil, que unidas al art. 544 ter LECRIM permitían adoptar en vía penal medidas referidas a la guarda y custodia.

El objetivo como tal, era proteger a las víctimas, por tanto también a los hijos menores como sujetos vulnerables en situación de indefensión por razón de edad y circunstancias⁷⁴, por lo que se regularon de manera excepcional una serie de medidas referentes al régimen de custodia, visitas y comunicación con los hijos, pudiendo adoptarse tantas otras medidas necesarias fundamentadas en el art. 158 CC para evitar el riesgo de estos.

⁷³ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo

⁷⁴ RUIZ RUIZ. M.R. *Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de ley de protección a la infancia*. Revista derecho UNED. nº15. 2014,p.522-523.

Las modificaciones más relevantes en lo referente al régimen a adoptar, se trataron en el Capítulo IV de medidas judiciales y especial protección de las víctimas, consecuencia de la ampliación del concepto de víctima por introducir como tal a los hijos menores, lo que requirió de su especial protección.

Así la nueva regulación supuso, de acuerdo al art. 61, dejar en manos del juez, de oficio o a instancia de parte, la adopción de medidas cautelares o de aseguramiento referidas a la suspensión de la patria potestad, la custodia, el régimen de visitas, estancia o comunicación, compatibles con otras adoptadas en procesos civiles o penales⁷⁵.

Como amparo a las víctimas se regularizaron ciertas garantías, el art.62 dispuso la orden de protección de las víctimas a adoptar por el juez de acuerdo al art.544 ter LECRIM y el art. 63 reguló la protección de su intimidad respecto a sus datos personales, la publicidad de los mismos o de otra información de interés.⁷⁶

Dentro del tema que nos aguarda son de envergadura los art.65 y 66. Este primero dio la posibilidad al juez de suspender para el progenitor incurso o condenado en un proceso de violencia de género, tanto la patria potestad como la guarda y custodia sobre los menores, por lo que la realidad práctica de la guarda y custodia compartida a la que tienden los juzgados, queda limitada por no decir extinguida en estos casos, al entenderse no oportuna⁷⁷, dirección semblante a la del art.92.7 CC o 233-11.3 CCCat.

Igualmente se permitió optar al juez, como en ocasiones se ha apreciado a nivel jurisprudencial, por la no suspensión de este régimen, si bien debiendo pronunciarse

⁷⁵ PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida en la práctica judicial española* cit. p. 56-70

⁷⁶ ARANDA RODRÍGUEZ, R., *Medidas civiles contra la violencia de género en la LO 1/2004*. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, nº 17, 2016. p.23-25.

⁷⁷ RUIZ RUIZ. M.R. *Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de ley de protección a la infancia*. Revista derecho UNED. nº15. 2014.p.522-538.

sobre la forma en la habrán de ejercerse tales facultades, teniendo en cuenta la adopción de las medidas más convenientes para la seguridad de las víctimas.

Similarmente pero respecto al régimen de visitas, estancias, o comunicaciones, el art.66 facultó al juez a resolver sobre el ejercicio de dicha materia, debiendo pronunciarse sobre el régimen a seguir, adoptando las medidas más garantes y controlando su evolución.

3.2. LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR: *PROTECCIÓN DE LOS MENORES COMO VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.*

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reguló de manera pormenorizada la protección de los menores en diversos ámbitos de peligrosidad y contra toda violencia que fuera ejercida sobre estos, por considerarla no justificada, por lo tanto, también contra la violencia de género. Si bien, sobre este tipo de violencia hace una referencia simplificada sin entrar a valorar o regular detalladamente el tipo de actuación a seguir.

Por un lado el art.11, referente a los principios rectores de la acción administrativa, determina los fundamentos a seguir por la administración, estableciendo la protección contra toda forma de violencia, incluida la de género, y refiriéndose a su actuación como la *encaminada a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra la*

Sucesivamente el art.12 se refirió a las actuaciones de protección, mencionando los supuestos en los que los menores se encuentren bajo la patria potestad, guarda o *estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como*

Pero no fue hasta 2015 cuando esta sencilla regulación pasó a desarrollarse como consecuencia de la acción normativa derivada de las modificaciones que incidieron más profundamente en la defensa y amparo de los menores, modificando más aún el panorama normativo para controlar las consecuencias que se acontecieran en supuestos de violencia de género.

3.3 RELEVANCIA DE LA LEY ORGÁNICA 8/2015, DE 22 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

El interés por la mayor protección de los menores en todos los aspectos derivó en una serie de reformas resultantes en la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Dicha ley produjo reformas tanto en la LO 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, que modificó la Ley de Protección Jurídica del Menor y sus relaciones con el CC y la LEC, así como la modificación de la Ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, modificando en conjunto el sistema de protección.

Con esta nueva ley se infiere, entre otros aspectos, en los problemas que derivan de la exposición de los menores a situaciones familiares en las que se desencadene violencia de género, menores que se entienden en posición de riesgo, permitiéndose por ello la adopción de medidas protectoras, tomando en consideración que *“ el hombre violento no cesa de ejercer la violencia tras la separación, detectándose que hasta el 60% de los padres separados violentos mantiene un alto nivel de conflicto y de abuso hacia la mujer durante el contacto que suponen las visitas con su hijo ”*⁷⁸ *“ el hombre violento no cesa de ejercer la violencia tras la separación, detectándose que hasta el 60% de los padres separados violentos mantiene un alto nivel de conflicto y de abuso hacia la mujer durante el contacto que suponen las visitas con su hijo ”*

⁷⁸ AGUILAR REDORTA, D. *La infancia víctima de violencia de género*. III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. 2009. p.14

La promulgación de esta ley dentro de todas las novedades que introdujo supuso un cambio positivo respecto a los regímenes a adoptar y su ejercicio por parte de los progenitores.

Desarrollo lo previsto en el art.170 CC mediante la posible adopción de una serie de medidas civiles de ámbito familiar, a adoptar por jueces y tribunales que conozcan el caso por lo penal. Medidas necesarias para hacer frente a la nueva situación desencadenada permitiendo restringir la patria potestad, la guarda y custodia, o el régimen de visitas, cuando se dé el supuesto de estar el progenitor incurso o condenado por un proceso referido a delitos de violencia de género.⁷⁹

Del mismo modo, la nueva ley generó novedades sobre la LO 1/2004 ya mencionadas en el apartado anterior, fundamentándose en las prohibiciones del art. 97.2 CC y 233-11 CCCat, y en las exigencias del art.2 LO 8/2015, de 22 de julio, que impone que la vida y desarrollo del menor se de en un entorno libre de violencia.

Por ello de la modificación parte la idea de que la violencia de género resulta un hecho lo suficientemente determinante como para requerir un cambio, entre otros aspectos, en la guarda y custodia, cambio que no quedara a la libre disposición de las partes sino a manos del juzgador para garantizar que el interés del menor, su protección y seguridad estén amparados bajo la decisión adoptada.

⁷⁹ SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A. *La violencia de género como causa de maltrato infantil*. Cuadro de Medicina Forense.nº12.Enero abril 2006. p. 150-154.

3.4 PROGENITOR INCURSO EN UN PROCESO PENAL O CONDENADO POR SENTENCIA FIRME: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA RELEVANTE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental recogido en el art.24 CE. Se entiende como el derecho que ostenta todo imputado en un proceso judicial, con las garantías jurídicas necesarias que obligan a que el acusado sea tratado como inocente, hasta que una sentencia firme dictamine la condena y por tanto demuestre lo contrario, sin requerir que el acusado deba de probar su inocencia, siendo la acusación quien pruebe que es culpable⁸⁰.

Con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, se protege la integridad de las víctimas de violencia de género mediante un tratamiento especial, ello no supone que se desvirtúe la presunción de inocencia del acusado, pues dada su trascendencia se preserva como cualquier otro derecho a ejercer durante el procedimiento⁸¹. No existe por tanto tratamiento dispar hacia un investigado por un delito de violencia de género, puesto que se estaría menoscabando un derecho fundamental al actuar contra el investigado como si fuese culpable, aun sin haberse demostrado ni tan siquiera la producción o tipicidad del hecho por el que se le acusa.⁸²

Las reformas anteriormente mencionadas han permitido la adopción de medidas aseguradoras, las cuales, sin pretender desvirtuar los efectos de la presunción de inocencia, han dotado de protección a la víctima. Tales cautelas han sido adoptadas por los tribunales basadas en indicios fundados, como en la declaración de la víctima⁸³, aun cuando el acusado, más tarde, pueda ser absuelto, garantizando con

⁸⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ius et Praxis.* n° 11. p.221-241.

⁸¹ MARTÍN DIZ, F. *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género.* Revista Ius et Praxis. vol.24 n°.3 Talca dic. 2018. p19-66

⁸² MARTÍN DIZ, F. *R t g u w p e k » p " f g " k p q e g p i e , p . 2 5 - 3 5 g p " r t q e g u q u " r g p c n g*

⁸³ Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona n° 77/2006 de 18 de enero. Recurso n° 659/2005.

ello la seguridad de la víctima y manteniendo la presunción de inocencia del acusado.

Por otro lado, pero con el mismo propósito, ha surgido la cuestión sobre la presunción de inocencia y su interacción con el momento a partir del cual la medida adoptada resulta ser la privación de la titularidad de la guarda y custodia.

La normativa estatal y catalana refieren a la no procedencia del régimen de custodia compartido en supuestos donde se den los delitos característicos de la violencia de género, remitiendo cada precepto a situaciones distintas a las que el juzgador deberá atender.

Por un lado, a nivel estatal la no procedencia del régimen compartido se prevé cuando el progenitor se encuentre incurso en un proceso penal, o haya indicios fundados de la comisión del delito, sin ser vinculante que no haya sentencia firme al respecto, bastando para la supresión del régimen con encontrarse el progenitor acusado por tales hechos. Situación que unida a preservar el interés del menor lleva a los jueces a dictaminar la no procedencia del régimen conjunto en sentencias como STS nº350/2016, de 26 de mayo⁸⁴ al estar el progenitor inmerso en un proceso por violencia doméstica y presentar una conducta dañina contra la madre y el hijo, entre otras⁸⁵.

Surgiendo la controversia sobre si el hecho de estar inmerso en el procedimiento ha de permitir al juzgador, alegando dichos motivos, retirar la custodia compartida, debatiéndose por ello si los indicios sobre los que no recae sentencia firme son suficientemente relevantes como para dictaminar en detrimento del progenitor, retirando o no concediendo la custodia compartida⁸⁶.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº350/2016, de 26 de mayo. Recurso nº 2410/2015. FJ 5.

⁸⁵ Misma actuación en STS nº36/2016, de 4 de febrero, STS nº 175/2021 de 29 marzo

⁸⁶ P^l REZ VALLEJO, A.M. *Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex art. 92.7 c. Civil*. Revista de Estudios de las Mujeres . Raudem. Vol. 4. 2016. p.99-103

Paralelamente a nivel catalán la no atribución precisa de sentencia firme condenatoria o, similar a la disposición estatal, de la presencia de indicios fundados de comisión del delito. Los tribunales catalanes han seguido la disposición procediendo a la revocación del régimen compartido en STSJ de Cataluña nº27/2017, de 1 de junio⁸⁷ *en el que se ha concluido que el progenitor resulta afectado cuando en forma directa y personal percibe los actos de violencia machista realizados por uno de los progenitores contra la madre, siendo razón suficiente*

La actuación del TSJ ha sido determinante para el proceder de las medidas, y la concreción del hito temporal a partir del cual se entiende posible la toma de las mismas, por entender, que el progenitor se encuentra incurso en el procedimiento, acusado, e investigado por delitos de violencia de género, y que por tanto no procede el régimen conjunto, estableciéndose en STSJ Cataluña nº27/2014, de 14 de abril⁸⁸ *que se ha referido a estos hechos como el supuesto de un escrito de calificaciones provisionales del Ministerio Fiscal acusando al progenitor de actos de violencia o de j* *se deduce de la propia jurisprudencia que el momento viene dado por la presentación del escrito de acusación o calificación provisional por el MF, momento procesal a partir del cual se considera que el progenitor, ahora acusado, deja de ser acreedor de la guarda y custodia compartida, al entenderse que el progenitor, al cometer actos de violencia familiar o machista, en escrito de conclusiones provisionales del*

Dicha sentencia sirvió por tanto para definir el momento a partir del cual se entiende inculcado e inmerso en el proceso, sirviendo de referente para posteriores pronunciamientos, que similarmente como en la STSJ Cataluña nº77/2014, de 1 de

⁸⁷ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº27/2017, de 1 de junio. Recurso nº205/2016.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº27/2014, de 14 de abril. Recurso nº104/2013. FJ:1.

diciembre⁸⁹ declararon ÷ s w g " n c " i w c t f c " e q o r c t v k f c " p q " g t c
es acusado de actos de violencia familiar o machista, en escrito de conclusiones
r t q x k u k q p c n g u " f g n " O k p k u v g t k q " H k u e ç n " s w g " g u
estableciendo la misma que ÷ d c u v c p " { " g u " u w h k e k g p v g . " r c t c
custodia compartida, indicios que fundamenten la violencia familiar y lo son las
conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, con solicitud de apertura de
l w k e k q " q t c n ø 0

Por todo ello, el juez tendrá la posibilidad de adoptar las medidas protectoras que considera oportunas, incluso aquellas en las que dictamine que no procede la guarda compartida, valorando los hechos en virtud del interés superior del menor aun cuando sobre el acusado no recaiga una sentencia condenatoria por los mismos⁹⁰.

Entendiéndose por todo lo convenido que el momento determinante para proceder a la adopción de las medidas derivara de la actuación del MF, en la cual se presenta el escrito de conclusiones provisionales como indicio fundado que colocara al presunto culpable como acusado, permitiendo el inicio del proceso mediante el cual podrá ser retirada la guarda y custodia compartida. Todo ello sin dañar el derecho a la presunción de inocencia que se posee por entender que finalmente, en caso de no ser condenado, el cambio de las circunstancias será hecho suficientemente relevante como para modificar las medidas que hayan sido adoptadas.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº77/2014, de 1 de diciembre. Recurso nº71/2013. FJ:1.

⁹⁰ DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Referencia: FIS-C-2011-00006. 2020. p.50-51

4. ACTUACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA EN LO REFERENTE A LA GUARDA Y CUSTODIA EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Las referencias anteriores respecto a la guarda y custodia compartida, y las restricciones determinadas por los art.92.7 CC y 233-11.3 CCCat, ordenan vagamente la actitud a seguir por los tribunales, por ello, la actuación jurisprudencial ha sido flexible a la hora de resolver los casos en los que se haya de determinar la relación de los progenitores para con sus hijos al presenciarse violencia de género.

Las reformas surgidas desde el 2015 dieron lugar a un cambio jurisprudencial marcado por el interés superior del menor, a través del cual se evaluaría la situación teniendo en consideración la realidad violenta en la que el entorno familiar se subsume. Los tribunales no actuarían de forma discrecional y el TS manteniéndose en la máxima de protección al menor determinó que las relaciones de los progenitores para con sus hijos, en casos donde se haya producido violencia de género, debían ser restrictivas. Por ello, pese a la importancia que otorgaban al régimen compartido, la realidad violenta obligaba a probar y justificar de forma exhaustiva la necesidad del modelo compartido adoptándose sólo en caso de ser necesario y beneficioso para el menor. De este modo la violencia de género marcaba un punto de inflexión en el procedimiento⁹¹.

4.1 DECISIÓN FUNDADA EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El interés superior del menor pasa a concebirse como principio básico a considerar para la determinación de la guarda y custodia exigiendo *un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se*

⁹¹ CABALLERO GEA, J.A. *Violencia de género : juzgados de violencia sobre la mujer : penal y civil: síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*. Editorial Dykinson. 2013. p.73 y ss.

resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos e q p " e²s w g n ø

Conjuntamente se precisa un clima familiar ausente de conflictividad como requisito significante, por entenderse conveniente el entendimiento entre ambos progenitores para la menor afectación del menor, debido a que, como predispone el TS ÷ n c " e w u v q f k c " e q o r c t v k f c " e q p n n g x c " e q o q " r t padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar f g " t g h g t g p e k c " s w g " u w u v g p v g " w p ⁹³e t g e k o k g p v q "

La STS n°5687/2015, de 30 de diciembre⁹⁴ entre otras, contribuye a precisar la idea rectora mediante la correcta aplicación del interés superior del menor. *motivando suficientemente la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda. 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 f g " ⁹⁵.u v g ø*

Por todo ello el planteamiento de los tribunales se fundamenta en el interés superior del menor c n " g p v g p f g t " ~~sanagüeda afectado 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 e q o r g v g p v g u í { " g p " f g h cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica*

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo n°2480/2017, 13 de julio. Recurso n°3268/2016 FJ: 2. Fundamentada entre otras en STS de 9 de septiembre de 2015.

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo n°2018/2020, de 17 de junio. Recurso n°781/2019.FJ: 2

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo n°5687/2015, de 30 de diciembre. Recurso n°415/2015.FJ 2

⁹⁵ Seguida esta fundamentación en: STS n°614/2009, de 28 de septiembre, n°154/2012 de 9 de marzo entre otras.

pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores
e q p x ⁹⁶ x g p ø "

Ello no priva la libre interpretación judicial, que ha permitido actuar de forma flexible respecto al art.92.7 CC y 233-11.3 CCCat, entendiendo *efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de*
e t k u k u . " u k g o r t g " s w g " g n n q " u ⁹⁷ c Los tribunales *n g " { " g p "*
pretenden con ello mantener las relaciones personales y afectivas entre las partes, pero para que puedan darse se requiere de una realidad carente de conflictividad, pudiendo sólo así garantizar que la resolución proteja el interés superior del menor.

De esta manera el TS ha resuelto 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*
e t g e k o k g p v q " c t o » p ⁹⁸ g ø v g p f k w La mala relación *w g k f. c f ø*
entre los progenitores no desaconseja en sí mismo el régimen de guarda y custodia compartida si el nivel de controversia no excede del que es propio en situaciones
f g " e t k u k u ⁹⁹. Con ello infiere el TS en la insuficiencia del motivo de la
mala relación entre los progenitores para inaplicar la guarda conjunta, puesto que *–pese a la conflictividad adulta, estos tienen la suficiente responsabilidad para poner por encima de sus diferencias el bienestar de sus hijos siendo solo relevante cuando la conflictividad impida la comunicación requiriéndose que exista un cauce normalizado que permita el ejercicio de la custodia compartida*

Todos estos parámetros no evitan que la actuación judicial determine la guarda y custodia exclusiva cuando así lo vea necesario, por entender las situaciones en las

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo nº258/2015, de 16 de febrero. Recurso nº2827/2013.FJ:2

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº258/2015, de 16 de febrero. Recurso nº2827/2013.FJ:2

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo nº2246/2013, de 29 de abril 2013. Recurso nº2525/2011. FJ: 3

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº1792/2017, de 12 de mayo. Recurso nº103/2016.

cuales la violencia de género se presenta, un factor sumamente perjudicial y de relevancia como para dictaminar la modalidad individual de la custodia¹⁰⁰.

Como consecuencia de estos planteamientos, la actuación judicial se ha dividido por razón de 3 situaciones respecto al contexto de condena o implicación en un proceso penal del progenitor, que han obligado al juzgador a pronunciarse sobre si procede acordar el régimen de guarda y custodia compartido, o por el contrario la negativa a este régimen ha de derivar en un derecho de visitas y comunicaciones a favor del progenitor, que de forma excepcional podrá ser rechazado, requiriendo por ello de *w p c " c e g t v c f c " f g e k u k » p " l w d v i k e n t e k c n " r q t "* *repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente y a quienes un sistema erróneo acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su o c f t g . " f k t g e v c¹⁰¹. g p v g " c o g p c | c f c ø*

4.2 PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Primeramente y exponiendo los criterios seguidos por el alto tribunal, la simple inmersión en el proceso como investigado o acusado ha llevado considerar la no procedencia o revocación de la custodia compartida en gran número de casos.

La actuación del TS respecto a tal consideración se presenta en STS nº161/2017, de 17 de enero¹⁰², donde la condena del progenitor deduce lo grave de su conducta y es indicio determinante para el tribunal, que amparado por tales hechos y sobre el interés superior del menor, *f g p k g i c " g n " t 2 i k o g p " e l a p l w p v q " f*

¹⁰⁰ P^l REZ-SALAZAR RESAN, M. ORTUÑO MUÑOZ, P. GONZALO RODRÍGUEZ, M.T. *Problemática específica de la custodia y las relaciones parentales en casos de violencia sobre la mujer o violencia sobre menores*. Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida. Consejo general del poder judicial.2020. p.189-192

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo nº4099/2016, de 21 de septiembre. Recurso nº3282/2015

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo nº161/2017, de 17 de enero. Recurso nº3299/2015.

condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta 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

De la semejante actuación en STS nº4570/2021, de 4 de abril¹⁰³ o nº1226/2021, de 29 de marzo¹⁰⁴ se consagra que *Ø r c t c " n c " c f q r e k » p " f g n " u k u v compartida, no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas j c d k n k f c f g u " r c t c " g n " f k " n q¹⁰⁵, que evidenciando el g " f g d g p " requerimiento de un entorno deseable, que no puede considerarse en el caso de presentarse una condena firme unida a una prohibición de comunicación, o cualquier otra medida protectora derivada de delitos de violencia de género, tal y e q o q " u g " r t g u v c " g p " g u r e l a c i ò n r a z o n a b l e q u e p e r m i t a e l u k i p q " f g k p v g t e c o d k q " f g " k p h q t o c e k » p " { " w p " t c | q p c d n g " Hechos que conllevan a la improcedencia y no conveniencia del régimen e q o r c t v k f q " c t i d i n á m i c a d e i m p o s i c i ó n p d e l d e m á n d a d o 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 Ø 0 "*

No obstante, el tratamiento de estos casos procede por la condena que recae sobre el progenitor e imposibilitaba la concesión del régimen conjunto, sin embargo, misma actitud se entiende contra aquel que queda inmerso en un proceso penal por tales características.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo nº4570/2021, de 4 de abril. Recurso nº4783/2020

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº1226/2021, de 29 de marzo. Recurso nº3110/2019.FJ: 3

¹⁰⁵ Tal y como se expone por el TS en STS nº545/2016, de 16 de septiembre o 23/2017, de 17 de enero

Muestra es la STS n°2304/2016, de 26 de mayo¹⁰⁶, donde se dictamina la improcedencia de la guarda y custodia compartida por estar el progenitor incurso en un procedimiento penal por delitos de coacciones y amenazas contra la madre *f g n " o g p q t . " e q p v t c " n c " s w g falta total de respeto, " w p c " c e v k p e n w u q " c d w u k* que resulta *lo suficientemente grave* como para que el juzgador, siguiendo la doctrina de la sala, entienda desaconsejable el régimen *e q p l w p afectarías negativamente al interés del menor, quien requiere un u k u v g o c " f g " e q p x k x g p e k c " r c e ¶ h k e q " { " g u v c d n g "*

Similarmente se presenta la situación en STS n°2304/2016, de 26 de mayo¹⁰⁷, donde no estando acreditados los hechos penales contra el progenitor, el estar investigado por los mismos se entiende razón suficiente para no conceder el régimen compartido, como medida de protección al interés del menor, pues reclama la *u g p v gap* *existencia de una relación de respeto entre los padres, que existiendo un procedimiento penal contra el marido por un delito contra la libertad de la mujer, impide apreciar dicha medida como beneficiosa para el interés del menor, al no existir " e q o w p k e c e k » p " p k " t g u r g v q " g p v t g " n q u " e*

Actuando en estas circunstancias de forma comparable a si hubiese resolución condenatoria firme, al denegarse con base en semejantes razones la guardia y custodia compartida.

Sin embargo, estas medidas judiciales no resultan inamovibles, prestándose a la correspondiente revisión judicial en caso de darse un cambio de circunstancias lo suficientemente relevante como para que el tribunal revise su resolución¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo n°2304/2016, de 26 de mayo. Recurso n°2410/2015.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo n°2304/2016, de 26 de mayo. Recurso n°2410/2015.FJ: 1

¹⁰⁸ LEFEBVRE. *Postura reciente del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida*. El derecho.com. 2019. <https://elderecho.com/postura-reciente-del-tribunal-supremo-sobre-la-guarda-y-custodia-compartida>

Es doctrina reiterada que las medidas adoptadas, en este caso la designación de la guarda y custodia como monoparental o compartida, podrán ser revisadas cuando se demuestre el cambio significativo de circunstancias que precise su modificación, *g p v g p f k ² las modificaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se e q p x k g t v g p " g p " t g n g x c p v g u " e w c p f q " ¹⁰⁹, h g e v g p . " r* siendo cambio perjudicial la acusación o condena por delitos de violencia de género del progenitor que solicita la custodia.

Son por esta razón relevantes los cambios de circunstancias producidos en STS nº188/2016, de 4 de febrero¹¹⁰ donde tras la inicial atribución de la guarda y custodia a la madre y su consiguiente modificación a compartida, el progenitor fue condenado por violencia de género dictándose contra este una orden de alejamiento, cambio que el TS entendió como significativo y perjudicial, que hacía imposible mantener el régimen hasta ahora aplicado, lo que supuso proceder respecto al art.92.7 CC al considerar que *÷ w p c " e q u c " g u " n c " n » i k e c " e q p h n k e 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 n c " h w p e k » p " r c t g p v c n " c f g . e w c f q " c n " k p v g t ² u " f g*

Semejante cambio de circunstancias, pero a la inversa, es de apreciar ahí donde el progenitor es absuelto del delito y deja de estar inmerso en el procedimiento penal, que es la razón por la que inicialmente se le ha privado la titularidad de la custodia. Los supuestos donde se ha devenido dicha transformación hacen que el TS resuelva a favor de la custodia compartida cuando resulte necesaria y acreditada.

Esta modificación sustancial de las circunstancias genera una necesaria modificación y adaptación de las medidas definitivas adoptadas en un principio, sean estas el régimen exclusivo o conjunto, o el correspondiente a las visitas y

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº1638/2016, de 13 de abril. Recurso nº1473/2015.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo nº188/2016, de 4 de febrero. Recurso nº3016/2014.FJ: 2

comunicaciones, todos ellos precisando del procedimiento de modificación de medidas como cauce procesal posibilitador de la modificación de las mismas, regulado en el art.90.3 CC y 233-7CCCat, y 775 LEC, que dispone de la tramitación del proceso requiriendo para el mismo de los criterios detallados por la SAP Barcelona nº304/2014, de 8 de mayo¹¹¹, mediante los cuales las partes podrán solicitar la modificación de la medida por entender el cambio de la situación que generaba la misma, en este caso la absolución o inmersión en el proceso, o la firme condena. Se requiere para ello de la correspondiente demanda de modificación de medidas que una vez justifique el cambio y constate el imposible mantenimiento de las medias pasadas, entrañara la adopción de las nuevas medidas por entenderse estas preservadoras del interés superior del menor.

Prueba de ello es la STS nº1638/2016, de 13 de abril¹¹², que muestra la procedencia *jurisprudencial mencionada y de acuerdo al art. 90.3 CC, 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 alegaciones presentadas por el progenitor entendiendo el régimen compartido como favorable para el interés superior del menor, junto a los informes de profesionales, la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación de la hija con ambos progenitores, la absolución de los delitos que recaen sobre el progenitor son un relevante cambio de circunstancias para decretar la guarda compartida y favorecer el interés del menor.*

¹¹¹ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona nº 304/2014, de 8 de Mayo de 2014. Recurso nº 1246/2012

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo nº1638/2016, de 13 de abril. Recurso nº1473/2015.

Misma actuación se sigue en STS nº2102/2018, de 7 de junio¹¹³, que acuerda un régimen compartido tras la absolución del progenitor de los delitos de violencia en el ámbito familiar por los que había sido acusado, no existiendo por ello motivo que precise la guarda a favor de la madre, pues los indicios que promulgaron la titularidad a favor de esta con un régimen de visitas tutelado a favor del progenitor han sido desestimados.

4.3 PROCEDENCIA DEL RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIAS Y COMUNICACIONES.

Volviendo a la improcedencia de la guarda y custodia compartida otra realidad sobre la que ha de pronunciarse el juez es sobre la instauración de un régimen de visitas, estancia o comunicaciones a favor del progenitor incurso o condenado por delitos de violencia de género.

En este caso la regulación del art.92.7 CC y 233-11.3 CCCat no refiere a tales supuestos por lo que requiere de una interpretación expansiva y en interacción práctica con los art.94 CC y 236-3 y 5 CCCat , referentes a las relaciones personales del menor y a la limitación o suspensión de estas en supuestos que resulten desfavorables para el mismo, lo que hace que a nivel judicial tales medidas se conciban incluidas dentro del precepto, pudiéndose limitar o revocar el régimen de visitas y comunicaciones en los supuestos mismos que concreta el legislador para la guarda y custodia compartida¹¹⁴.

Siguiendo el panorama normativo propiciado por las modificaciones surgidas a partir de 2015, las actuaciones judiciales deberán preservar el interés superior del menor, así el TS decreto que *÷ gløre'ho de visitas y comunicaci3n viene informado por el principio favor filii o, lo que es m1s frecuente 1ltimamente, por el denominado inter3s del menor, entendido como la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias*

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo nº2102/2018, de 7 de junio. Recurso nº153/2017.FJ: 1

¹¹⁴P! REZ VALLEJO, A.M. *E w u v q f k c " e q o r c t v k f c ". p.87-118 q n g p e k c " f g " i 2 p .*

personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del o g p ¹¹⁵t ~~o~~ que supuso la implantación de medidas combativas de la desprotección del menor focalizadas en limitar o suspender el régimen de visitas, estancia y comunicaciones que hubiera sido o pudiera ser otorgado al progenitor agresor¹¹⁶.

No obstante, no ha sido esta la interpretación única por la que los tribunales se han guiado. Cabe recordar que los menores tienen el derecho a relacionarse con sus progenitores, derecho lo suficientemente vigoroso que lleva a conceder en sumas ocasiones, siempre y cuando la causa lo permita, el régimen de visitas y comunicaciones a favor del progenitor, aun estando esté incurso en un proceso o condenado por violencia de género.

Se advierte así que los supuestos de violencia de género no son una circunstancia determinante para el juzgador respecto a la supresión del régimen de visitas o comunicaciones, alude a ello la STSJ de Cataluña nº543/2015, de 12 de enero¹¹⁷ t g u r g e v q lã ~~prohibición~~ ~~legdl~~ del art. 233-11.3cccat no justifica, con carácter general, la exclusión absoluta del correspondiente régimen de relación, comunicación y estancias del menor con el progenitor excluido de la custodia, en cuya adopción deberán tenerse en cuenta las cautelas que vengan exigidas por el k p v g t ² u " u w r ¹¹⁸t k q t " f g n " o g p q t ø

No deviene por ello una decisión discrecional, pues como no puede ser de otro modo, el tribunal tendrá en consideración para la concesión del derecho el interés superior del menor, la relación del menor con su progenitor y la necesidad y

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo nº653/2019, de 1 de marzo. Recurso nº1669/2018.

¹¹⁶ P! REZ VALLEJO, A.M. E w u v q f k c " e q o r c t v k f c " p.87-118 q n g p e k c " f g " i ² p

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº543/2015, de 12 de enero. Recurso nº98/2013.

¹¹⁸ Seguido también por esta sala en STSJ de Cataluña nº27/2014 y nº77/2014.

beneficio de optar por la comunicación¹¹⁹, por consiguiente, cuenta el juez con potestad para suspender o limitar el régimen de visitas o comunicaciones con el menor por razón de los delitos de violencia de género cometidos por su progenitor, y siempre y cuando la medida se ampare en la situación conflictual y riesgo existente que a este atañe¹²⁰.

Ahora bien, el TSJ de Cataluña alega disparidad respecto a la actuación estatal, entiende que *diversos tribunales de la jurisdicción ordinaria (CCCat) que el menor también haya sido o pueda ser "hagi estat o pugui ésser" - "víctima directa o indirecta" de los actos de violencia familiar o machista. A estos efectos, es suficiente con acreditar que los ha presenciado o que los ha percibido sensorialmente de cualquier otro modo, de manera que el menor haya tomado conocimiento o adquirido conciencia de ellos por sí mismo, es decir, que haya sido expuesto de cualquier forma a dicho tipo de violencia, sin que en este sentido puedan excluirse a los menores de corta edad, aunque la determinación de la realidad de su afectación dependerá de las circunstancias del caso y podrá ser objeto de la correspondiente prueba pericial que así lo acredite o que, en su caso, no sea necesario.*

No hace otra cosa con ello que encaminarse a la limitación del régimen compartido y del de visitas y comunicaciones cuando lo considere no procedente debido a la situación conflictual devenida de la violencia de género y arriesgada para el menor, intentando con ello evitar la ruptura total de la relación *paternofamiliar*, unificándose así la actuación de los distintos tribunales.

¹¹⁹ PICONTE NOVALES, T. Los derechos de las víctimas de violencia de género: las relaciones de los agresores con sus hijos. *Derechos y libertades*. nº 39, época II. 2018. p.121-156

¹²⁰ PÉREZ VALLEJO, A.M. *El derecho de familia*. p.94-95

¹²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº543/2015, de 12 de enero. Recurso nº98/2013.

Así se otorga este derecho a favor del progenitor en STS nº 1226/2021, de 29 de marzo¹²², *g p v g p f k f régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con el progenitor no custodio, estableciéndose un sistema de absoluta libertad que le habilite ejercer estas facultades, con la única condición de que no se altere el desenvolvimiento cotidiano y escolar de la vida de la hija* 0 "

Similarmente en STS nº4452/2015, de 27 de octubre¹²³, se fija el correspondiente régimen de visitas ampliable en beneficio de los menores, al considerar que *÷ p q " 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 las menores queda amparado por lo acordado en la resolución t g e w t t k f c ø " u k " d k g p " g u v g " t ² i k o g p " e q p " n c u " e c través del punto de encuentro familiar, por persistir las medidas de alejamiento entre los progenitores* Se acepta un régimen afín mediante un periodo de adaptación progresivo en STS nº 43/2018, de 17 de enero¹²⁴ *÷ r c t c " h c x q t g e g t " r c f t g " j c u v c " g n " s para que el menor pueda adaptarse de forma g e g ø " progresiva a la nueva situación.*

Similar desempeño presenta el TSJ de Cataluña guiado por las especificaciones propias de su legislación. Concediéndose por ello el régimen de visitas y comunicación en STSJ de Cataluña nº6074/2017, de 6 noviembre 2017¹²⁵ o STSJ de Cataluña nº3650/2017, 1 de junio¹²⁶, donde al considerar víctima directa a la menor se deniega guarda y custodia compartida *sin perjuicio del régimen de estancias, que puede ser más o menos amplio atendiendo al interés del menor en*

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo nº 1226/2021, de 29 de marzo. Recurso nº 3110/2019

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo nº4452/2015 de 27 de octubre. Recurso nº2664/2014.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº 43/2018, de 17 de enero. Recurso nº1447/2017.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº6074/2017, de 6 de noviembre. Recurso nº3650/2017

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº3650/2017, de 1 de junio. Recurso nº205/2016.

cada caso concreto y a la evolución posterior revisada, generalmente, por los
u g t x k e k q u " u q e k c n g u " q " , l o q u e s u p o n e c o n d i c i o n a r l a c o k g p v q " v
dotación del derecho a la necesaria evaluación del desarrollo de la medida, y por
consiguiente del menor, mediante distintos informes de profesionales que
evidencien la esencialidad y conveniencia del régimen.

Más restrictivamente se produce la concesión en STSJ de Cataluña nº543/2015, de
12 de enero, acordándose el seguimiento mediante un técnico profesional cuya
función se centrará en *÷ k p v g p v c a r ' c o n e l o s p p a d e s l a s m e d i d a s d e*
c r t q z k o c e k » p " o c f t g " g " j k l q . " s w g " g p v k g p f c " c j
los acuerdos a los que las partes hayan llegado al respecto, con su intervención o
haciendo las propuestas de relaciones personales o estancias del menor con la
madre que estime convenientes al Juez de la ejecución para que este adopte la
q r q t v w p c " f g e k u k » p . " g p " e c u q " f g " f g u c e w g t f q ø C

Entrañan estos supuestos conceder el derecho e implementar la comunicación entre
el progenitor y los menores, salvaguardado por un control o seguimiento obligatorio
concretado en la resolución judicial para proteger a los afectados. Reconociéndose
a su vez como distinguida y aconsejable la adopción de un régimen de
comunicación bajo supervisión, que de requerirse se realizará través de visitas por
medio del Punto de Encuentro.

4.4 SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIONES.

Siguiendo lo estipulado en el art. 94 CC y 236-3 y 5 CCCat, cabe la consideración
de la correspondiente suspensión del régimen, como restricción en protección del
interés superior del menor, en adición a los arts.65 y 66 LO 1/2004, de 28 diciembre
o el art.544 quinquies LECRIM, los cuales permiten la suspensión de las relaciones
personales, entre ellas, el régimen de visitas y comunicaciones en aquellos casos ya
mencionados de inmersión o condena por delitos de violencia de género.

Por lo tanto, el juez de lo familiar de la Audiencia Provincial de Madrid, al declarar la suspensión del régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor con otros de los que se derivan de la violencia machista, no debe pronunciarse sobre la negativa al régimen de visitas y comunicaciones, y la manera de llevar a cabo las relaciones en caso de darse tales impedimentos.

Siguiendo tales deliberaciones, se dictamino en STSJ de Cataluña nº 2295/2015 de 1 diciembre¹²⁸ la cautela a tener en cuenta en caso de modificación del régimen de guarda y custodia de compartida a monoparental entendiendo que *“debe tenerse en cuenta que, en estos supuestos de violencia machista, la supresión del régimen de visitas o estancias, pues dependerá de las circunstancias de cada caso para su fijación así como su modificación, adecuándose a la evolución y edad del menor así como su desarrollo integral”*

Con ello se permite mantener las comunicaciones del menor con su progenitor protegiendo su interés y el derecho de ambos a relacionarse, siempre que el tribunal evidencie no existir riesgo alguno, guiado entre otros factores, por lo dispuesto en los informes periciales de profesionales que evalúen la situación y grado de afectación, dado que de no evidenciarse, el veredicto del tribunal podrá tender a la no concesión o supresión de la comunicación, pudiendo por ello optar por visitas supervisadas o en el punto neutro judicial en presencia de profesionales u otros miembros de la familia, por ser este el lugar aconsejado para la realización de las comunicaciones cuando las circunstancias del caso obliguen a ello de manera excepcional¹²⁹.

¹²⁷Sentencia del Tribunal Supremo nº4900/2015, de 26 de noviembre. Recurso nº36/2015.

¹²⁸Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº2295/2014, de 1 de diciembre. Recurso nº6740/2014.

¹²⁹ PICONTE NOVALES, T. *Los derechos de las víctimas de violencia de género: las relaciones de los agresores con sus hijos*. Derechos y libertades. nº 39, época II. 2018. p.139-130.

y con su hermana, lo que permite atenerse a una actitud judicial racional para preservar el interés del menor y a la vez conservar el interés de las distintas partes del proceso.

Con toda la actuación jurisprudencial expuesta se denota la progresiva aplicación de la limitación del régimen de guarda y custodia compartida, que de menos a más ha justificado la privación en los supuestos violentos con base en el interés superior del menor. Por el contrario estas delimitaciones han tendido a posibilitar el régimen de visitas o comunicaciones de los progenitores para con sus hijos, aunque sea eso sí, subordinado a la supervisión por entidades o profesionales que salvaguarden la protección del menor a la vez que permitan la preservación del contacto del padre con su hijo.

Justificándose todo ello en la magnitud de los perjuicios derivados de una actuación judicial restrictiva que puede durar años, y afectar a los menores, particularmente a los de corta edad, habida cuenta de que la disolución de la relación con sus progenitores podrá ocasionar la ruptura del lazo familiar y demás perjuicios derivados de la misma.

5. CONCLUSIONES FINALES.

Del estudio desempeñado y en torno a la doctrina y jurisprudencia evaluada se extraen una serie de conclusiones y percepciones que constatan a mí entender la repercusión directa e inmediata de la violencia de género sobre la guarda y custodia compartida, al suponer una transformación de las apreciaciones a considerar por el juzgador entre las cuales no deja de prevalecer como principio rector el interés superior del menor.

Siendo estas las siguientes.

PRIMERA.-La guarda y custodia supone el ejercicio de los deberes y obligaciones de los progenitores para con sus hijos requiriéndose su apropiada distribución. La modalidad de guarda y custodia a determinar pretende preservar los derechos del menor y preferentemente la relación de éste con sus progenitores, siendo estas premisas las que han de guiar al juzgador, evidenciando con ello el no automatismo respecto a la elección del tipo de guarda y custodia a ejercer. De tal consideración se extrae que la decisión busca preservar los intereses de todas las partes, razón por la cual se intenta alcanzar un acuerdo. Tendiendo en los supuestos contenciosos, cuando la distribución del régimen deviene controvertida por colisionar los intereses contrapuestos de las partes, los cuales imposibilitan un acuerdo derivando en un procedimiento judicial, a preservar el interés del menor. Suponiendo ello la aceptación por los progenitores del régimen dictaminado al entenderse, respecto a las consideraciones del juzgador, el más beneficioso respecto al menor.

SEGUNDA.- Son las reformas legislativas devenidas a partir del 2015, junto con la práctica jurisprudencial, las que han dotado de una relevancia notable a la guarda y custodia de carácter compartido, demarcando la configuración de este régimen por entenderlo favorable al asemejar la realidad presente con la dada con anterioridad a la crisis matrimonial, lo cual permite en un primer momento entender la decisión como la más adecuada posible en torno al interés del menor.

La convicción sobre lo positivo de esta modalidad que hace entender el régimen como preferente y prioritario no ha sido imperante debido a su carácter condicional, que ha requerido para su concesión de una valoración judicial rigurosa sobre los requisitos y necesidades de la decisión, buscando con ello la preservación del interés superior del menor, y del derecho a las relaciones los progenitores con sus hijos, que ha llevado a jueces y magistrados a actuar en consecuencia de estas necesidades optando por ambos modelos de guarda y custodia.

Lo que permite presumir que no existe una primacía respecto a la modalidad conjunta, sino una adecuación de la misma a la situación concreta, adecuación nada sencilla, resultando una tarea sofisticada de evaluación del juzgador para garantizar el menor perjuicio al interés del menor. Lo cual evidencia que la referida prevalencia no acaba avalándose en la práctica por requerirse de esta concreta observancia, que unida a la condicionalidad exigida, supone la limitación práctica del régimen compartido. Entiendo también esta limitación por su necesaria ejecución en un entorno concordante al régimen compartido, en el cual debe integrarse un comportamiento de las partes que permitan la implicación conjunta.

TERCERA.- Se constata de la actitud del legislador y de la actuación de los tribunales como el interés superior del menor se convierte en el principio predominante de todo el proceso de determinación y ejercicio de la guarda y custodia, cuya relevancia se suscita en mayor medida en ausencia de acuerdo entre los progenitores, y todavía más aun, en presencia de una situación conflictual y gravemente perjudicial como es la violencia de género, por obligar al juzgador a centrar su decisión en el interés único y exclusivo del menor sin ser relevantes cuantas otras voluntades de los progenitores.

CUARTA.- La relevancia que las reformas legislativas estatales han dado a la guarda y custodia compartida no se asemeja al nivel de regulación que se concreta en las mismas, por entenderse este superficial, concibiendo únicamente el régimen conjunto de forma excepcional y acompañado de requisitos y necesidades que no dictaminan el proceder particular de la medida ni de la acción judicial.

Presentándose similar parecer a nivel autonómico, pero con una más definida regulación del legislador Catalán, al concretar los requerimientos del régimen compartido y promover su aplicación mediante una mejor reglamentación ofrecida a través del plan de parentalidad.

Entiendo por este motivo conveniente y de especial relevancia la actuación judicial, como modo de concreción de la guarda y custodia compartida, posibilitando una individualización de los conceptos de la misma, y facultando su aplicación ante la falta de regulación y especificidad normativa que dilucide el modelo de actuación a seguir. Es por ello que se debería incidir en una actuación legislativa con mayor extensión, en la cual se delimite la actuación judicial a seguir por medio de criterios de referencia que precisen su proceder, criterios que el juzgador deberá de tener en consideración para la elección del régimen más adecuado y satisfactorio.

QUINTA.- Consta la conflictividad como criterio suficiente para orientar la valoración del tribunal, por ello la presencia de violencia de género, como fenómeno social dañino, deriva a una definida postura judicial tendente a la protección y guarda del interés de las víctimas, entre las cuales ahora se encuentra el menor. Resultante por tanto en la no procedencia del régimen compartido a favor del progenitor que ha propiciado los actos violentos por los que encuentra incurso en un proceso judicial o condenado por el mismo.

Siendo estas situaciones de las que se deriva la supresión de la titularidad de la guarda y custodia al entender, que sin menoscabar el derecho a la presunción de inocencia del condenado o investigado, tales hechos una vez presentadas las conclusiones provisionales del MF, se entenderán constitutivos de suficiente perjuicio al interés superior del menor como para proceder a la limitación, restricción o revocación del derecho. Considerando tales limitaciones, medidas de carácter cautelar que no menoscaban derechos del progenitor sino que protegen a las víctimas de una situación violenta y peligrosa de la que pueden devenir perjuicios suficientes como para que el juzgador entienda, de forma proporcionada, adoptar tales limitaciones susceptibles de modificación.

SEXTA.- De la actuación jurisprudencial se entiende la violencia de género como contundente modo de conflictividad, sin derivarse actuación alguna que evidencie una exclusión automática producida por ésta respecto de las relaciones del progenitor para con sus hijos. Lo que es signo de que tal extrema consideración se adopta únicamente en aquellos supuestos donde, tras la correspondiente valoración judicial amparada por la propiciada por profesionales de la materia, resulte necesaria e indispensable para el devenir del menor. Por lo tanto se desprende un ejercicio judicial guiado por la búsqueda de un régimen que perpetúe el aconsejable mantenimiento de las relaciones parentales.

Es, en consecuencia, de evidenciar la labor sofisticada de los tribunales plasmada en la jurisprudencia. Evidenciando que la violencia de género encamina a la no procedencia del régimen conjunto, a la vez que recalando de forma concisa y a mi parecer acertada, que no por sí misma ha de tender a la ruptura de toda comunicación o relación entre el menor y su progenitor, dimanando del juzgador la posible persistencia de las relaciones mediante el ejercicio de un adecuado régimen visitas y comunicaciones.

Como apreciaciones finales y acorde a lo constatado en el presente trabajo, concluyó la evidente importancia que se dota al régimen de guarda y custodia compartida, sobre todo en aquellos procesos contenciosos en los que la crisis matrimonial requiere de la distribución de los deberes y obligaciones equitativamente, entiendo a su vez, que sin estar constatada la primacía de este régimen, si es sustancial la deseabilidad del mismo.

No obstante comprendo que esta deseabilidad viene condicionada por numerosos factores que deberán de ser valorados por los tribunales, que si determinarán la primacía o preferencia de un régimen concreto sobre el supuesto particular. Ciertamente considero como factor más crítico y determinante la conflictividad familiar, y en especial la derivada de la violencia de género, la cual dada su repercusión permitirá concretar la primacía y preferencia, incierta anteriormente, del régimen a disfrutar.

Ahora bien, he podido extraer de la actuación jurisprudencial que la decisión de los tribunales ante los casos de violencia de género, donde el progenitor está incurso o condenado, supone un cambio en el panorama de la determinación de la guarda y custodia, dado que no se rigen única y exclusivamente por las limitaciones o restricciones que prevé la normativa, concretamente el Código Civil y el Código Civil de Cataluña, sino por la valoración pormenorizada de las circunstancias del caso, centrada en la preservación del interés del menor, para optar por el régimen más óptimo y favorable para este. Poniéndose de relieve dicha valoración en el momento que los juzgadores optan por la exclusión de la custodia compartida, o todavía de forma más manifiesta, cuando deciden que a pesar de los supuestos violentos, ha de mantenerse la relación con el menor, por entenderse necesaria, concediendo los procedentes regímenes para mantener el vínculo *paternofilial*, al entender que solo así se podrá actuar acorde al derecho de los menores.

Lo que evidencia notoriamente a mi parecer, no solo como la preferencia del régimen se liga al caso concreto y no se estipula de forma general y automática, sino también la impecable labor desempeñada por los tribunales con vistas a perfeccionar el tratamiento por el que optar ante tales circunstancias.

Considero que podría ser una propuesta interesante la de llevar a cabo una reforma legislativa tendente a la elaboración de un texto normativo que recoja la guarda y custodia compartida, entendida como una ley en la que compilar la concreción y ejercicio del derecho al régimen conjunto, mediante la cual se de soporte legal a las actuaciones a seguir, delimitando los supuestos más controvertidos, como son los surgidos con la presencia de violencia de género, evitando así los perjuicios que ahora depara la norma.

Entiendo que tal elaboración no sería más que una recopilación normativa de las medidas que ya, y desde hace tiempo, se están llevando a cabo a través de los tribunales, con las que se busca la efectiva corresponsabilidad, unida a la preservación de las relaciones paternas y al respeto del interés superior del menor. Pudiendo partir de ser necesario, del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la

corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, mediante el cual se pretendió, aunque sin éxito, la regularización del régimen conjunto

BIBLIOGRAFÍA.

AGUILAR REDORTA, D. La infancia víctima de violencia de género. III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. 2009.

ALFONSO RODRÍGUEZ, M.E. Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la LEC: guarda y custodia compartida. La Laguna, nº 23. 2006.
Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2192010>

ARANDA RODRÍGUEZ, R., Medidas civiles contra la violencia de género en la LO 1/2004. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid , nº 17, 2016.
Recuperado en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6078>

CATALÁN FRÍAS, M. J. La custodia compartida. Revista Derecho y Criminología. nº2. 2011. Recuperado en:
<http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/574/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20José%20Catalán%20Fr%C3%ADas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ESPÍN ALBA, I. Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, nº 1. vol.21. Diciembre 2019. Recuperado en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7477806>

GARCÍA DE LEONARDO, M.T. Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida. Revista de Derecho Patrimonial. nº 22. Ed.Aranzadi. 2009. Recuperado en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=50527>

GARCÍA RIVAS, FJ. Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil. Revista Jurídica de la Región de Murcia, nº37. 2006.

Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2505449>

I K O G P G \ " E J Q T O G V . " X 0 " T g u g ° c u " f g " ÷ o g p q t " { " x
retq u " l w t ¶ f k e q u " g p " n c " u q e k g f c f " c e v w c n ø 0 " T g x
Universitat Politècnica de Valencia. nº16. Abril 2019. Recuperado en:

<https://www.researchgate.net/publication/332382178> Resena de Menor y violen-
cia de genero aspectos y retos juridicos en la sociedad actual

GODOY MORENO. A. La Guarda y Custodia Compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa. nº3. 2003.

GUILARTE MARTÍN-VALERO, C. La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

IGLESIAS MIRANDA, F. *Evolución de la Guarda y Custodia en España en los procesos de divorcio y su tratamiento en Mediación Familiar*. Intersubjetivo Revista de Psicoterapia Psicoanalítica y Salud, nº11(1), 2011.

JESÚS MILLÁN DE LAS HERAS M. La jurisdicción de menores ante la violencia de género. Revista de estudios de juventud nº86. Septiembre 2009. Recuperado en: <http://www.injuve.es/observatorio/familia-pareja-e-igualdad-de-genero/no-86-juventud-y-violencia-de-genero>

LEFEBVRE. *Postura reciente del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida*. El derecho.com. 2019. <https://elderecho.com/postura-reciente-del-tribunal-supremo-sobre-la-guarda-y-custodia-compartida>

LORENTE ACOSTA, M. ¿Qué mas no se puede hacer en violencia de género? Violencia Machista. nº2224. Febrero 2016. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5399320>

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida. *Revista de Derecho Patrimonial*, nº22. Editorial Aranzadi.2009.

MARTÍN DIZ, F. Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género. *Revista Ius et Praxis*. vol.24 nº.3 Talca dic. 2018. Recuperado en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1176>

MONTERO AROCA, J. Guarda y custodia de los hijos: la aplicación practica del articulo 92 del Código Civil. edición nº12. Editorial Tirant lo Blanch. 2001.

Nogueira Alcalá, H. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*. nº 11. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>

REZ VALLEJO, A.M. Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex art. 92.7 c. Civil. *Revista de Estudios de las Mujeres. Raudem*. Vol. 4. 2016. p.99-103. Recuperado en: <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RAUDEM/article/view/1745>

REZ-SALAZAR RESAN, M. ORTUÑO MUÑOZ, P. GONZALO RODRÍGUEZ, M.T. Problemática específica de la custodia y las relaciones parentales en casos de violencia sobre la mujer o violencia sobre menores. Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida. Consejo general del poder judicial.2020.

PICONTÓ NOVALES, T. Los derechos de las víctimas de violencia de género: las relaciones de los agresores con sus hijos. *Derechos y libertades*. nº 39, época II. 2018.

PINTO ANDRADE, C. La custodia compartida en la práctica judicial española: Los criterios y factores para su atribución. *Misión Jurídica*. nº8. 2015. Recuperado

en: <https://www.revistamisionjuridica.com/la-custodia-compartida-en-la-practica-judicial-espanola-los-criterios-y-factores-para-su-atribucion/>

RAGEL SANCHEZ, L.F. La guarda y custodia de los hijos. Revista de Derecho Privado y Constitución. nº15. enero-diciembre 2001. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=229886>

RINCÓN ANDREU, G. I w e t f c " e q o r c t v k f c < " N c " f q e v t k p
provinciales de cataluña y su evolución. 2020. Recuperado de: <https://doi.org/10.35985/9789585583986.4>

RIVAS VALLEJO, M.P. Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense. Actualidad jurídica Aranzadi, nº742. 2008.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. El interés del menor. Ed. Dykinson. Madrid. 2007.

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ. S. La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar. Practicas de tribunales.nº10. Ed.La ley 2013. Recuperado en: <http://hdl.handle.net/10045/38662>

RUIZ RUIZ. M.R. Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de ley de protección a la infancia. Revista derecho UNED. nº15. 2014. Recuperado en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/14121>

SANCHEZ-EZNARRIAGA, L. Z. Marco Jurídico Paterno-Filial En Las Rupturas De Pareja. Ed. Bosch. 2021.

SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A. La violencia de género como causa de maltrato infantil. Cuadro de Medicina Forense.nº12.Enero abril 2006. Recuperado en: <https://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/11.pdf>

SOTORRA CAMPODARVE, M. C. Protección en el ámbito Penal. En Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense. 2007.

VIÑAS MAESTRE, D. Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda. Revista para el análisis del Derecho, nº 3. 2012. Recuperado en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/910_es.pdf

RODRÍGUEZ CHACÓN, R. Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación. Estudio sistemático de las leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio. Editorial Experiencia Barcelona. 2005

FRÍAS RODRÍGUEZ, I. Guarda y custodia compartida. Criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad. nº9. Julio-Diciembre 2016. recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6140632>

CABALLERO GEA, J.A. Violencia de género : juzgados de violencia sobre la mujer : penal y civil: síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado. Editorial Dykinson. 2013

BAREA PAYUETA, C. Justicia patriarcal : violencia de género y custodia : libro tercero de la trilogía: Y te quitaré los hijos . Editorial CBP. 2013.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. Nadie pierde : la guarda y custodia compartida : aspectos jurídico-procesales. Universidad Carlos III de Madrid, K p u v k v w v q " f g " l w u v k e k c " { " n k v k i c e k » p " ÷ C n q p u q

AGUEDA RODRIGUEZ, R. La Guarda compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión / Ricardo Miguel Águeda Rodríguez. Editorial Hispalex. 2016.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A. Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española. Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca: libro de ponencias. Salamanca, 24, 25 y 26 de octubre de 2018. 2018.

GOÑI HUARTE, E. La evolución del interés superior del menor en la atribución de la guarda y custodia compartida. El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española. 2017.

DE LA FUENTE NUÉZ DE CASTRO, M.S. Guarda y custodia compartida: de su negación jurisprudencial a su admisión en el Proyecto de la ley de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio. Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005). 2006.

LEGISLACIÓN

- Constitución Española de 1978
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Real decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil Español.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Ley 11/1990 de 15 de Octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- 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.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Separación y Divorcio.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Boletín Oficial del Estado

- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia
- Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental, en caso de Nulidad, Separación y Divorcio.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- Auto núm.301/2014 de 16 diciembre. Cuestión de inconstitucionalidad nº1525/2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº217/2009, de 14 de diciembre. Recurso nº217/2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº19/2012, de 15 de febrero. Recurso nº 19/ 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº185/2012 de 17 de octubre 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº138/2014, de 8 de septiembre. Recurso nº138/2014.

Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo nº5553/1983, de 19 octubre de 1983.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº565/2009, de 31 de julio de 2009. Recurso nº247/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº579/2011, de 22 de julio de 2011. Recurso nº813/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº4924/2011 de 22 de julio. Recurso nº 813/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº2246/2013, de 29 de abril 2013. Recurso nº2525/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº258/2015, de 16 de febrero. Recurso nº2827/2013.

- Sentencia del Tribunal Supremo nº4452/2015 de 27 de octubre. Recurso nº2664/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº4900/2015, de 26 de noviembre. Recurso nº36/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº5687/2015, de 30 de diciembre. Recurso nº415/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº188/2016, de 4 de febrero. Recurso nº3016/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº1638/2016, de 13 de abril. Recurso nº1473/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº319/2016, de 13 de mayo. Recurso nº2556/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº2304/2016, de 26 de mayo. Recurso nº2410/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº4099/2016, de 21 de septiembre. Recurso nº3282/2015
- Sentencia del Tribunal Supremo nº161/2017, de 17 de enero. Recurso nº3299/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº1792/2017, de 12 de mayo. Recurso nº103/2016.Sentencia del Tribunal Supremo nº2480/2017, 13 de julio. Recurso nº3268/2016
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 43/2018, de 17 de enero. Recurso nº1447/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº653/2019, de 1 de marzo. Recurso nº1669/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº2018/2020, de 17 de junio. Recurso nº781/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº1226/2021, de 29 de marzo. Recurso nº3110/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº4570/2021, de 4 de abril. Recurso nº4783/2020

Tribunal Superior de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº78/2012, de 23 febrero.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº27/2014, de 14 de abril. Recurso nº104/2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº5532/2014, de 22 de mayo. Recurso nº140/2013
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº77/2014, de 1 de diciembre. Recurso nº71/2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº2295/2014, de 1 de diciembre. Recurso nº6740/2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº543/2015, de 12 de enero. Recurso nº98/2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº3492/2015, de 9 abril. Recurso nº129/2014.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 5187/2015 de 25 de mayo. Recurso nº84/2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº8257/2016 de 28 septiembre. Recurso nº95/2015.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº3650/2017, de 1 de junio. Recurso nº205/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº6074/2017, de 6 de noviembre. Recurso nº3650/2017

Audiencia Provincial

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona nº108/2001, de 23 febrero 2001. Recurso nº488/200.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº512/2005, de 20 de septiembre.
- Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona nº 77/2006 de 18 de enero. Recurso nº 659/2005.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº1261/2008, de 26 de febrero. Recurso nº1226/2006.
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona nº160/2013, de 13 marzo .
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona nº 304/2014, de 8 de Mayo de 2014. Recurso nº 1246/2012
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº5532/2014, de 22 de mayo. Recurso nº140/2013