



ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE
ABOGADOS DE A CORUÑA
1760 - 2010



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

CURSO 2022 - 2024

TRABAJO FIN DE MÁSTER

GUARDA Y CUSTODIA EN VIOLENCIA DE GÉNERO

GARDA E CUSTODIA EN VIOLENCIA DE XÉNERO

**CUSTODY AND GUARDIANSHIP IN GENDER
VIOLENCE**

ALUMNA: PATRICIA FERREIRO CABADO

TUTOR: DR. MARCOS ANTONIO LÓPEZ SUÁREZ

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN	5
II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO	6
II.1. CONCEPTO NORMATIVO DE VIOLENCIA DE GÉNERO	6
II.2. VIOLENCIA VICARIA	8
III. GUARDA Y CUSTODIA	11
IV. COMPETENCIA JUDICIAL PARA ADOPTAR MEDIDAS CIVILES QUE AFECTEN A LOS HIJOS EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	15
IV.1. COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL ORDEN CIVIL	16
IV.2. COMPETENCIA FUNCIONAL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL ORDEN CIVIL	20
IV.3. COMPETENCIA TERRITORIAL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL ORDEN CIVIL	20
V. MEDIDAS JUDICIALES CIVILES DE PROTECCIÓN Y ASEGURAMIENTO EN RELACIÓN CON LOS HIJOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	21
V.1. MEDIDAS JUDICIALES PREVISTAS EN LA LOMPIVG	22
V.2. LA ORDEN DE PROTECCIÓN	25
V.3. MEDIDAS EXCEPCIONALES DEL ARTÍCULO 158 CC	29
VI. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	30
VI.1. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA CUANDO EL PROGENITOR SE HALLE INCURSO EN UN PROCEDIMIENTO PENAL	32
VI.2. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN AQUELLOS SUPUESTOS EN LOS QUE HUBIESE RECAÍDO CONDENA PENAL POR VIOLENCIA DE GÉNERO	34
VI.3. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA UNA VEZ CUMPLIDA LA CONDENA POR UN DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO	36

VI.4. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA TRAS LA ABSOLUCIÓN Y ARCHIVO DE UN PROCEDIMIENTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO	36
VII. CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	43
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	45
APÉNDICE LEGISLATIVO.....	47

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CP: Código Penal

FGE: Fiscalía General del Estado

LEC: Ley Enjuiciamiento Civil

LECrím: Ley Enjuiciamiento Criminal

LEVD: Ley del Estatuto de la Víctima

LOMPIVG: Ley Orgánica Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

LOPJ: Ley Orgánica Poder Judicial

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STS: Sentencia Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

I. INTRODUCCIÓN

La violencia de género es una de las manifestaciones más claras de la desigualdad entre hombres y mujeres. Es aquella violencia que sufre la mujer por el mero hecho de ser mujer, por parte de quién sea o haya sido su cónyuge o haya estado ligado a ella por una relación análoga, aún sin convivencia.

No obstante, este fenómeno no afecta solo a las mujeres que son víctimas directas, sino que también puede afectar a los hijos e hijas que se ven atrapados en un ambiente de violencia e incluso, pueden llegar a ser utilizados como instrumentos para lograr el sufrimiento de la mujer.

Durante años, la violencia de género estuvo invisibilizada. Sin embargo, en las últimas décadas la sociedad ha tomado conciencia de este problema y se han promulgado normas específicas con el fin de erradicarla y de extender esta protección a los hijos menores.

Uno de los aspectos más importantes que se plantea en un contexto de violencia de género es la determinación del régimen de guarda y custodia cuando se produce el cese de la convivencia. En estos casos, el elemento de violencia deberá ser apreciado por los Juzgados y Tribunales de nuestro país, que deberán priorizar en todo caso el interés superior del menor.

A lo largo de este trabajo se realizará un análisis del desarrollo normativo de la violencia de género y de cómo los hijos menores han pasado a ser considerados víctimas de este tipo de violencia. Asimismo, se acometerá el estudio normativo de la figura de la guarda y custodia, con especial atención al interés superior del menor como criterio rector a la hora de acordar un régimen u otro. A continuación, se hará especial referencia a los órganos judiciales creados en España con especialización en esta materia, que no solo conocerán de la causa penal, sino que también conocerán de los aspectos civiles que se deriven de esta. Seguidamente se examinarán las distintas medidas que prevé nuestro ordenamiento jurídico para proteger a las mujeres y a los hijos menores en relación con el régimen de guarda y custodia. Por último, se realizará un análisis sobre la posibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia compartida en diferentes supuestos, desde un punto de vista jurisprudencial.

II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO

II.1. Concepto normativo de violencia de género

El concepto de violencia de género dista de ser unívoco. No obstante, en todas aquellas definiciones dadas por la doctrina, es posible identificar un elemento común, y es que este tipo de violencia se caracteriza por ser aquella que ejerce el hombre sobre la mujer, por el mero hecho de ser mujer, cuando exista o haya existido relación entre ellos¹.

En un primer momento, la violencia de género se subsumía en el concepto de violencia doméstica, entendida esta como “los malos tratos o agresiones físicas, psicológicas o sexuales o de otra índole, infligidas por personas del medio familiar y dirigida generalmente a los miembros más vulnerables de esta: niños, mujeres y ancianos”².

Sin embargo, nos encontramos ante dos conceptos diferentes, que no deben confundirse, pues, pese a que parte de la doctrina considera que la violencia de género es una especialidad de la violencia doméstica, la tesis mayoritaria estima que se trata de fenómenos distintos, ambos con características propias³. Así, mientras la primera apunta a la mujer como víctima, la segunda lo hace a los miembros de la unidad familiar⁴.

El punto de partida para definir la violencia de género se encuentra en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1993 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer⁵, que en su artículo 1 define, de manera general, la violencia contra las mujeres como “*todo acto de violencia basado en la pertenencia del sexo femenino que tenga o pueda tener como resulta un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*”.

¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A. “El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, *InDret*, N.º 3, 2020, p. 178.

² Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2003). *Violencia doméstica*.

³ RUEDA MARTÍN, M. A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal. Jurisprudencial*. Editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 54 – 55.

⁴ MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 8, 2006, p. 4.

⁵ ONU: Asamblea General, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993*, 20 de diciembre de 1993.

Posteriormente, en la IV Conferencia Mundial Sobre la Mujer organizada por la Organización de las Naciones Unidas en Beijing en 1995⁶, se acuñó una nueva definición de violencia contra la mujer, entendiendo esta como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo”.

En un intento de adoptar las directrices de las normas internacionales, se promulgó en España la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG)⁷, que supuso el culmen de un arduo proceso legislativo, con el objetivo de dar una respuesta firme y contundente a este tipo de violencia sobre la mujer. El artículo 1 de la precitada norma define la violencia de género como “*la violencia que, como manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por partes de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia*”.

Posteriormente, España ratificó en junio de 2014 el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011⁸, cuyo artículo 3 establece que “*la violencia contra las mujeres es una manifestación del desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación*”.

Con el objetivo de adaptarse a este Convenio, en el año 2017 se aprobó en España el Pacto de Estado para la erradicación total de la violencia de género, cuyo objetivo era la adopción de medidas en el plano asistencial, legislativo y de protección y asistencia a las víctimas, a fin de mejorar y perfeccionar la respuesta institucional.

⁶ Unión Europea, *Declaración de Beijing. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, 17 de octubre de 1995.

⁷ *BOE*, núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

⁸ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (*BOE*, núm. 137, de 6 de junio de 2014).

Si bien estas normas son las más importantes a la hora de definir el concepto de violencia de género, no son las únicas existentes. Durante las últimas décadas se han promulgado múltiples leyes tanto a nivel autonómico⁹ y nacional¹⁰, como a nivel europeo e internacional, con el único objetivo de poner fin a esta lacra que afecta a las mujeres, pero que puede alcanzar también y, como se verá a continuación, a los hijos que estas tengan en común con sus parejas o exparejas.

II.2. Violencia Vicaria

La violencia vicaria es aquella forma de violencia en virtud de la cual los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género son instrumentalizados como objetos para maltratar y ocasionar dolor a sus madres. En consecuencia, puede afirmarse que este tipo de violencia se subsume dentro del concepto de violencia de género toda vez que el objetivo final sigue siendo causar un sufrimiento mayor a la madre. Es habitual que este tipo de violencia comience con amenazas, implícitas o explícitas, por parte del agresor a la mujer, sobre atentar contra la vida o la integridad de las personas a las que quiere y, concretamente, contra sus hijos menores¹¹.

Calzadilla Medina advierte de la disminución de la capacidad de decisión de la mujer frente a estas amenazas pues la mera posibilidad de que pueda ocurrirles algo a sus seres más queridos le llega a producir auténtico terror. No obstante, también advierte de que estas amenazas pueden ir más allá, desde ejercer violencia física contra los hijos hasta asesinarlos, con el único fin de hacerle daño a la madre. Es por ello por lo que la autora afirma que, ante este tipo de violencia, realmente peligran la vida y la integridad no solo de la mujer, sino también de sus hijos¹².

Sobre el posible asesinato de los menores para dañar a la madre se pronuncia Peral López, que considera la violencia vicaria como una forma de deshumanización de los menores.

⁹ En el caso de Galicia, Ley 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género. (*DOG*, núm. 152, de 7 de agosto).

¹⁰ Entre otras, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (*BOE*, núm. 71 de 23 de marzo), y Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (*BOE*, núm. 282, de 21 de noviembre).

¹¹ PERAL LÓPEZ, M. C., *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre los hijos e hijas*, UMAEditorial, Málaga, 2018, pp. 37 – 38.

¹² CALZADILLA MEDINA, M. A., “Crisis familiar, personas menores de edad e indicios de violencia vicaria”, *Infancia y Adolescencia*, N.º 12, 2023, p. 55.

En este sentido, la autora señala que el hecho de que el progenitor pueda asesinar a sus hijos es la prueba irrefutable de que ese individuo no los considera personas, sino meros objetos para manipular, controlar y herir a la mujer, puesto que sabe que los hijos son lo más importante para ella y al dañarlos, le ocasiona un daño del que no se recuperará jamás¹³.

Pese a que parte de la doctrina interpreta este concepto como una forma de violencia que va más allá de la violencia de género y puede darse en el ámbito de la violencia doméstica, la psicóloga forense Sonia Vaccaro, que fue la primera en acuñar dicho término en el año 2012, limita la expresión de violencia vicaria únicamente a los casos en los que el hombre es el agresor¹⁴.

En relación con este tipo de violencia, cabe mencionar el caso de Ruth y José Bretón, dos menores asesinados en el año 2011 por su padre con el único fin de causar un daño irreparable a la madre, tal como reconoce la sentencia 43/2013, de 5 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante, TSJ)¹⁵, confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo (en adelante, TS). Esta sentencia señala que “el acusado no mató porque quisiera la muerte de Ruth y José, sino para hacer sufrir a su madre, verdadera víctima del ánimo del acusado”.

En este orden de ideas, puede entenderse que dicha sentencia supuso un punto de inflexión en el legislador español a la hora de hacer frente a este tipo de violencia. Así, a partir de este caso, los menores empiezan a ser considerados víctimas directas de la violencia de género que sufren sus madres y se visibiliza la violencia ejercida por el agresor a través de los hijos menores.

¹³ PERAL LÓPEZ, M.C., *Madres Maltratadas: violencia vicaria sobre los hijos e hijas*, cit., p. 40.

¹⁴ VACCARO, S. *Violencia Vicaria: los hijos y las hijas víctimas de la violencia contra sus madres*. 2015. Disponible en; <http://tribunafeminista.org/2016/03/violencia-vicaria-las-hijas-y-los-hijos-victimas-de-la-violencia- contra-sus-madres/>

¹⁵ ECLI:ES:TSJAND:2013:13960.

Pese a que el término violencia vicaria no se ha incluido hasta el momento en ninguna ley estatal, el Observatorio Contra la Violencia de Género¹⁶ ha señalado que nos encontramos ante un término legal correcto.

En relación con la legislación española sobre esta materia, cabe destacar que el primer instrumento legal que visibilizó a los menores como víctimas de violencia de género fue la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD)¹⁷, garantizando a través de su artículo 10 el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral.

Asimismo y, pese a que en un primer momento, la LOMPIVG no incluía como víctimas de violencia de género a los hijos menores de edad de las mujeres víctimas de este tipo de violencia, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia¹⁸ dio una nueva redacción al artículo 1 de la precitada ley, e incluyó también como víctimas de violencia de género, aunque sea de manera indirecta, a los hijos menores y los sujetos a su tutela o guarda y custodia.

No obstante, el mayor avance en esta materia llegó con el ya mencionado Pacto de Estado de 2017 que contiene el primer reconocimiento normativo de dicho concepto al extender la protección de la ley a quienes hayan padecido violencia por “interpósita persona” y reconociendo que se trata “del daño más extremo que puede ejercer el maltratador hacia una mujer: dañar y/o asesinar a los hijos”.

Posteriormente, en el año 2021, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a Adolescencia frente a la Violencia¹⁹ incluyó en el artículo 1 LOMPIVG un cuarto apartado, con el objetivo de reforzar la protección en este tipo de situaciones, en virtud del cual la violencia ejercida sobre los menores también será considerada violencia de género.

¹⁶ PERAMATO MARTÍN, T., “Problemas competenciales. Relación análoga de afectividad. Menores víctimas ambientales o instrumentales”. *VII Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2018, p. 15.

¹⁷ BOE, núm. 101, de 28 de abril de 2015.

¹⁸ BOE, núm. 175, de 23 de julio de 2015.

¹⁹ BOE, núm. 134, de 5 de junio de 2021.

El reconocimiento de tal concepto y las modificaciones operadas resultan indispensables para garantizar una mayor protección y seguridad de los menores que crecen y conviven con este tipo de violencia, pues no solo son víctimas porque son testigos de la violencia que el padre ejerce sobre la madre, sino también porque están expuestos a la violencia tanto psicológica como física, pudiendo llegar a entender ese tipo de violencia como una dinámica normal en las relaciones.

Es por todo ello, por lo que, en este tipo de supuestos es verdaderamente importante proteger, no solo a las mujeres víctimas, sino también a los hijos menores, resultando especialmente importante regular la guarda y custodia, los regímenes de visitas y las comunicaciones con el progenitor investigado o condenado.

En consecuencia, una vez iniciado un procedimiento por violencia de género, será necesario adoptar una serie de medidas civiles específicas respecto a los menores, en aquellos casos en los que existan hijos comunes.

A continuación, se examinará la adopción de medidas relativas a la guarda y custodia en aquellos supuestos en los que se presente una situación de violencia de género.

III. GUARDA Y CUSTODIA

Es sabido que la guarda y custodia es una de las facultades inherentes a la patria potestad, derivada a su vez, del deber de velar por los hijos y tenerlos en compañía, también en aquellos supuestos de crisis matrimonial.

La patria potestad se regula en el Código Civil (en adelante, CC)²⁰ bajo la rúbrica “De las relaciones paterno – filiales” y se configura como un conjunto de derechos y deberes de carácter personal, intransferible e irrenunciable, con independencia del vínculo existente entre los progenitores. Entre el conjunto de derechos y deberes que se derivan de esta facultad, se encuadra la guarda y custodia, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 154 CC que recoge las facultades comprendidas por la patria potestad:

“1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.”

²⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (*Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.”

Por tanto, pese a que ambas figuras encuentran su origen en la propia relación paterno-filial, la guarda y custodia tiene como contexto la convivencia de los progenitores con los hijos. Ciertamente, durante el tiempo que dura la convivencia de los progenitores el ejercicio y la titularidad de ambas figuras coinciden. No obstante, una vez que se produce el cese de dicha convivencia, ya sea por nulidad matrimonial, separación o divorcio, se hace necesario adoptar una serie de medidas paternofiliales que regulen estos aspectos.

A tal efecto, el Código Civil regula la guarda y custodia en los artículos 90 y siguientes CC bajo la rúbrica “De los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio”. Pese a que nuestro ordenamiento jurídico reconoce diferentes formas de ejercer la guarda y custodia, las más comunes son la guarda y custodia individual o exclusiva y la guarda y custodia compartida o conjunta. La adopción de un modelo u otro deberá responder al interés superior del menor, conforme al artículo 92.2 CC, que recoge la obligación del Juez de dictar una resolución motivada en el interés superior del menor cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores. En relación con esta obligación, interesa destacar la sentencia 4/2001, de 15 de enero, del Tribunal Constitucional²¹, que precisó que el interés superior del menor debe actuar como criterio básico y preferente en los procedimientos de familia.

No obstante, este principio constituye un concepto jurídico indeterminado que, si bien aparece en múltiples textos nacionales²² e internacionales²³, estos no dan una definición unívoca de qué debe entenderse cuando se hace referencia a él.

²¹ ECLI:ES:TC:2001:4.

²² Entre otros, artículo 39 de la Constitución Española, artículos 154 y 170 CC y artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

²³ Entre otros, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

En el ámbito doctrinal, tampoco existe unanimidad respecto a la definición de este principio. Sin embargo, múltiples autores coinciden en que se trata de un concepto dinámico que debe ser evaluado en el momento en que interesa tomar una decisión sobre el niño²⁴. Otros, en cambio, se atreven a definirlo como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor²⁵.

Así las cosas, aún hoy no existe una definición legal sobre qué debe entenderse por interés superior del menor. En el año 2015, la Ley Orgánica 8/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia dio una nueva redacción al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²⁶. Pese a que, a través de esta modificación, no se introdujo una definición del mencionado concepto, sí se incluyeron una serie de circunstancias a las que atender a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia. A tal efecto, interesa destacar las letras A y C de su apartado segundo, que garantizan los siguientes derechos respecto al menor:

“a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia (...).”

Atendiendo a lo expuesto, cabe concluir que por medio de la hacer referencia al entorno libre de violencia se está incluyendo dentro de esa categoría la violencia de género.

Retomando lo anterior, en relación con el régimen de guarda y custodia compartida, es necesario mencionar que en un primer momento se configuraba como una medida excepcional. Sin embargo, su introducción de manera expresa en el Código Civil a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil, en materia de divorcio²⁷, supuso un cambio radical a la hora de

²⁴ SANTAMARÍA, M.L., “El concepto del interés superior del niño y su dimensión constitucional” en Infancia y Adolescencia, N°7, 2019, p. 10.

²⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N.º 2, 2012, p. 93.

²⁶ BOE, núm. 15, de 17 de enero de 1996.

²⁷ BOE, núm. 163, de 9 de julio de 2005.

determinar su adopción. Así, la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 257/2013, de 29 de abril²⁸, señaló, en relación con la redacción del artículo 92 CC, lo siguiente:

“no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”²⁹.

En consecuencia, a partir de la reforma del Código Civil y de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, surgió una línea jurisprudencial que se muestra favorable a adoptar la guarda y custodia compartida como regla general, siempre y cuando se den las circunstancias convenientes para ello y que su adopción responda a la protección del interés superior del menor.

La jurisprudencia expuesta concuerda con lo dispuesto en el artículo 92.6 CC que recoge la obligación del juez de valorar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

El verdadero problema surge cuando la crisis entre los progenitores va más allá de una mala relación entre las partes y se producen conductas de violencia, tanto física como psíquica, susceptibles de ser encuadradas dentro del ámbito de la violencia de género y es que en toda hipótesis debe prestarse una atención mayor a la hora de determinar las medidas que se adoptarán respecto a los hijos menores, pues, aunque el maltrato no se ejerza de manera directa sobre ellos, son considerados víctimas.

Si bien es cierto que la redacción original del Código Civil no hacía referencia a este tipo de situaciones, la evolución social, jurisprudencial y normativa ha derivado en la redacción actual del artículo 92.7 CC³⁰ que se pronuncia sobre cómo actuar a la hora de

²⁸ ECLI:ES:TS:2013:2246.

²⁹ En el mismo sentido que la precitada sentencia, se pronuncia la STS 200/2014, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1699) y STS 442/2017, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2840).

³⁰ Modificado por la disposición final 1.1 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

establecer un régimen de guarda y custodia en aquellos supuestos en los que se aprecie una situación de violencia de género. Así, el precitado artículo dispone lo siguiente:

“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.

Por tanto, resulta evidente que en los últimos años se ha realizado un esfuerzo legislativo para ofrecer una mayor protección a las víctimas de violencia de género. Este esfuerzo, que comenzó con la inclusión de los hijos menores dentro de dicho grupo, ha culminado con la creación de unos nuevos órganos judiciales, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que se encargarán de sustanciar los procedimientos judiciales, tanto penales como civiles, que tengan como denominador común la violencia de género.

IV. COMPETENCIA JUDICIAL PARA ADOPTAR MEDIDAS CIVILES QUE AFECTEN A LOS HIJOS EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Con la adición del artículo 87 *bis* en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)³¹, a través de la modificación operada por la LOMPIVG³², se crearon en España, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Estos se configuran como unos órganos jurisdiccionales especializados, incardinados en el orden penal, a los que corresponde, de manera exclusiva y excluyente, el conocimiento de aquellos conflictos penales y civiles que se susciten en el ámbito de la violencia de género.

Se pretende con ello, en último término, proteger de manera integral a las víctimas de violencia de género. Hasta su creación las competencias las ejercían, en materia penal,

³¹ BOE, núm. 157, de 2 de julio de 1985.

³² Artículo 43 LOMPIVG.

los órganos de la jurisdicción penal y, en materia civil, los órganos de la jurisdicción civil, dando lugar a una inevitable descoordinación entre los Jueces de Instrucción y los Jueces de 1ª Instancia o Familia. Asimismo, a través de esta unificación de competencias, el legislador pretendió evitar la llamada victimización secundaria de la víctima, esto es, que se viera obligada a acudir a diferentes Juzgados para reclamar protección³³.

En consecuencia, el proceso penal y civil confluyen en un mismo Juzgado, pero sin que se produzca la acumulación de los mismos. De esta forma, cada procedimiento seguirá su curso de forma independiente y de acuerdo con la norma que los rige.

IV.1. Competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden civil

A tenor de lo dispuesto en el artículo 87 ter LOPJ, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán competencia exclusiva y excluyente, cuando concurren de forma simultánea los siguientes requisitos:

“a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo³⁴.”

³³ ARANDA RODRÍGUEZ, R., “Medidas civiles contra la violencia de género en la LO 1/2004”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 17, 2008, p. 20.

³⁴ A tenor de lo dispuesto en el artículo 87 ter LOPJ. 2 los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la LEC, de los siguientes asuntos:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Los que versen sobre relaciones paternofiliales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
- h) Los que versen sobre los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial instados por los herederos de la mujer víctima de violencia de género, así como los que se insten frente a estos herederos.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo³⁵.

c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.”

Así, cuando concurren los mencionados requisitos, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer de aquellos asuntos civiles enumerados en el apartado 2 del artículo 87 ter LOPJ, siempre de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)³⁶. En relación con la materia que nos ocupa, interesa destacar los siguientes asuntos:

³⁵ En virtud del artículo 87 ter LOPJ: *1 los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la LECrim, de los siguientes supuestos:*

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.

f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.

³⁶ BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000.

“b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.”³⁷

c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.

d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores”.

Puede ocurrir que el Juez que esté conociendo de un procedimiento civil de familia, tenga noticia de la posible comisión de un delito de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal ni a dictar una orden de protección.

En este sentido, el artículo 49 *bis* LEC³⁸, regula bajo la rúbrica “Pérdida de la competencia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer” una serie de supuestos en los que el juez civil deja de ser competente, debiendo inhibirse en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Esto es lo que se ha configurado como *vis atractiva* de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En primer lugar, el referido artículo establece que, en aquellos casos en los que un juez esté conociendo de un asunto civil en primera instancia, si tuviese conocimiento de un acto de violencia de género que haya derivado en un proceso penal o en una orden de protección, tras verificar los requisitos ya mencionados del artículo 87 *ter* LOPJ debe inhibirse, remitiendo los autos en el estado en el que se encuentren, en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral.

Esta expresión debe entenderse referida al juicio civil, en concreto al comienzo de la vista, sin que sea suficiente el hecho de que se señale. En este sentido, la jurisprudencia del TS³⁹ ha determinado que, después de la celebración de la vista, es el Juez civil quién debe

³⁷ Cabe destacar que, en relación con estos procedimientos, la LOMPIVG excluye la mediación familiar para todos los supuestos de infracciones cometidas en el ámbito familiar. El legislador entendió que en estos supuestos existe un desequilibrio entre las partes, que impide garantizar un acuerdo y el respeto mutuo entre las partes.

³⁸ Adicionado por el artículo 57 LOMPIVG.

³⁹ Entre otras resoluciones, ATS 6 de mayo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3805A).

dictar sentencia y que ya no cabe la inhibición en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en aras de no retrasar más el procedimiento, lo que resulta fundamental en estos supuestos.

A continuación, el artículo 49 *bis* LEC dispone que en aquellos casos en los que un juez esté conociendo de un procedimiento civil, si tuviese noticia de la posible comisión de un delito de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal ni a una orden de protección, tras comprobar que concurren los requisitos del artículo 87 *ter* LOPJ, deberá citar a las partes en una comparecencia con el Ministerio Fiscal, que deberá celebrarse en un plazo de 24 horas. Tras la celebración, el Fiscal deberá decidir si procede o no denunciar los actos de violencia de género o solicitar una orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En caso afirmativo, el procedimiento continuará tramitándose ante el Juez civil hasta que sea requerido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En ese momento, deberá inhibirse en favor de este último; no obstante, lo actuado hasta ese momento conservará validez.

Por último, el mencionado artículo establece la posibilidad de que el Juez de Violencia sobre la Mujer que está conociendo de un procedimiento penal tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, en cuyo caso, tras comprobar la concurrencia de los requisitos del artículo 87 *ter* LOPJ, deberá requerir la inhibición del juez civil, que deberá acordarla de inmediato, con la remisión de autos al órgano competente.

La interpretación de esta norma ha suscitado numerosas cuestiones de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. No obstante, la jurisprudencia del TS⁴⁰ considera que la competencia civil en relación con las reclamaciones civiles presentada por una víctima de violencia de género corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en el que se sigan las actuaciones penales, siempre que el procedimiento civil no haya alcanzado la fase de juicio oral, sin que baste su señalamiento.

Cosa distinta sería que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer considere que los hechos denunciados no constituyen delito alguno o no están debidamente acreditados. En estos casos, pese a que la LOMPIVG no contiene previsión alguna sobre las consecuencias que provocaría la terminación de la causa penal con anterioridad al procedimiento civil, puede

⁴⁰ Entre otras resoluciones, ATS 6 de mayo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3805A), ya mencionado.

entenderse, en virtud de todo lo expuesto, que estos órganos no deberán conocer del procedimiento civil si se ha dictado auto declarando el archivo o sobreseimiento de la causa y tampoco cuando se haya dictado sentencia absolutoria en el proceso penal con anterioridad a la presentación de la demanda civil. Así, la competencia sería devuelta al Juzgado de Primera Instancia o Familia.

Sin embargo, los referidos órganos sí mantendrían la competencia en aquellos casos en los que se hubiese dictado sentencia de condena. En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LOMPIVG contra la violencia de género, señaló que esta competencia se extendería hasta el momento de la extinción de la responsabilidad penal del condenado por alguna de las causas previstas legalmente, como es el cumplimiento de la condena.

IV.2. Competencia funcional de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden civil

Una vez que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer asume la competencia para conocer de un proceso de familia, dicha competencia se extenderá durante toda su tramitación. De esta forma, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer será competente para la ejecución de las resoluciones que dicte en asuntos civiles, conforme a lo dispuesto en los artículos 61 y 545.1 LEC. Sin embargo, cabe señalar que, si el juez civil hubiese dictado sentencia o auto y en fase de ejecución se iniciase un procedimiento ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la competencia seguiría siendo del primero, al amparo del artículo 545 LEC.

Asimismo, el artículo 82. 4 LOPJ, adicionado por el artículo 46 LOMPIVG, establece que la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por los referidos órganos corresponde a la Audiencias Provinciales.

IV.3. Competencia territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden civil

En relación con la competencia territorial el artículo 59 LOMPIVG reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim)⁴¹, introduciendo el artículo 15 *bis*, que

⁴¹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Gaceta de Madrid*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

dispone que en el caso de se trate de alguno de los delitos cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de que la orden de protección, o las medidas urgentes del artículo 13 de la presente ley, pudieran ser adoptadas por el Juez del lugar en el que se cometen los hechos.

Esto supone un cambio de criterio respecto a la regla general recogida en el artículo 14 LECrim, que establece que la competencia viene determinada por el lugar de comisión de los hechos. Esta excepción se introduce con la finalidad de facilitar el acceso de la víctima al órgano judicial⁴².

La FGE, a través de la Circular 4/2005 concretó qué debe entenderse por domicilio habitual de la víctima. Aunque, en un principio, se determinó que este se correspondería con el lugar de residencia habitual, no tardaron en surgir interrogantes relativos al momento al que debía atenderse para determinar el domicilio, derivados de la dificultad de fijar una residencia habitual en muchos supuestos de violencia sobre la mujer. Por ello, ante la ausencia de regulación, la FGE unificó criterios y señaló que por domicilio de la víctima habrá de entenderse el que tenía en el momento en que se produjeron los hechos, siendo los cambios de domicilio posteriores a la denuncia irrelevantes⁴³.

En suma, la *vis atractiva* del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conoce del asunto penal en relación con el proceso civil supone que el fuero penal atrae la competencia para conocer dicho proceso civil. De esta forma, quedan sin efecto las normas de atribución de competencia territorial previstas en la LEC.

V. MEDIDAS JUDICIALES CIVILES DE PROTECCIÓN Y ASEGURAMIENTO EN RELACIÓN CON LOS HIJOS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El procedimiento judicial en materia de violencia de género se inicia una vez que el Juzgado tiene conocimiento de la comisión de unos hechos susceptibles de ser constitutivos de un delito de violencia sobre la mujer. Este procedimiento tiene, como ya se ha adelantado, una doble vertiente, pues, a partir de la creación de los Juzgados de

⁴² GUTIÉRREZ BARRENGOA, A., “La competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer”, *Estudios de Deusto*, 2012, Vol. 57, N.º 1, p. 48.

⁴³ En el mismo sentido, Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:599A).

Violencia sobre la Mujer, se atribuye a estos el conocimiento tanto de la instrucción y el posible fallo de la causa penal como el conocimiento de las cuestiones civiles relacionadas.

De esta forma, siempre que existan hijos menores de edad, a la par que se sustancia el procedimiento penal, el Juez deberá pronunciarse de oficio o a instancia de parte sobre la adopción de medidas civiles cautelares en relación con ellos.

El ordenamiento jurídico español prevé diferentes instrumentos que permiten al juez proteger a los hijos menores en aquellos supuestos de violencia de género. En este sentido, destacan las medidas de protección de la LOMPIVG, la orden de protección y las medidas excepcionales del artículo 158 CC.

V.1. Medidas judiciales previstas en la LOMPIVG

El Capítulo IV de la LOMPIVG recoge en los artículos 61 a 69 una serie de medidas de protección y seguridad para las víctimas de violencia de género, entre las que se incluyen los hijos menores de edad.

En un primer momento surgieron dudas acerca de la naturaleza jurídica de estas medidas. Parte de la doctrina⁴⁴ criticó la imprecisión terminológica de esta ley, pues mientras en determinados preceptos se hacía referencia a medidas de protección y seguridad, en otros se hablaba de medidas cautelares. La Exposición de Motivos de esta ley señala que la regulación expresa como medidas de protección se debe a que no estaban recogidas como medidas cautelares en la LECrim. Con todo, también recoge la posibilidad de que sean empleadas como medidas de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, aumentando así las posibilidades del Juez de proteger a la víctima una vez finalizado el proceso.

Gutiérrez Romero⁴⁵ considera acertado referirse a estas medidas como medidas de protección, en tanto que permite diferenciarlas de las medidas cautelares clásicas, pues su finalidad es dotar a la víctima de un estatuto de protección frente al agresor. No

⁴⁴ ARANDA RODRÍGUEZ, R., “Medidas civiles contra la violencia de género en la LO 1/2004”, cit., p. 23.

⁴⁵ GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., “Medidas judiciales de protección y aseguramiento de las víctimas ¿Novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal?”, *Diario La Ley*, N.º 6176, 2017, p. 3.

obstante, este autor señala que no pueden ser consideradas medidas de seguridad toda vez que su fin no es garantizar la presencia del inculpado en el Juzgado.

Cabe señalar, además, que el sistema de protección recogido en esta ley no es novedoso, pues muchas de las medidas recogidas en ella ya estaban reguladas con anterioridad en la legislación procesal. Sin embargo, esta reiteración fue expresamente prevista por el legislador español, que precisó, a través del artículo 61 LOMPIVG⁴⁶ que *“las medidas previstas en el presente capítulo serán compatibles con las medidas cautelares y de aseguramiento que puedan adoptarse en los procesos civiles y penales”*.

En relación con esta reiteración, parte de la doctrina⁴⁷ reconoce que las medidas de protección de la víctima son compatibles con las medidas cautelares del proceso penal (citación, detención, prisión y libertad provisional), con las medidas cautelares propias de los procesos matrimoniales y sobre menores, esto es, medidas provisionales previas y coetáneas a la demanda (artículos 771 y ss. LEC), así como con las medidas del artículo 158 CC, que permiten al juez apartar al menor de un peligro o evitarle un perjuicio.

Así, en aquellos supuestos en los que el juez no acuerde orden de protección, podrá acordar las medidas recogidas en el presente capítulo, sin perjuicio de que las adopte dentro de ella.

En este sentido, el apartado segundo del artículo 61 establece la obligación del juez de pronunciarse, en todo procedimiento relacionado con la violencia de género, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.

Estas medidas deberán adoptarse mediante auto motivado, tal como establece el artículo 68 LOMPIVG, por tratarse de medidas restrictivas de derechos fundamentales. A través de este auto deberá justificarse la proporcionalidad y la necesidad de las medidas

⁴⁶ En el mismo sentido, Circular FGE 4/2005.

⁴⁷ ARANDA RODRÍGUEZ, R., “Medidas civiles contra la violencia de género en la LO 1/2004”, cit., p. 24.

adoptadas, con intervención del Ministerio Fiscal y respetando, en todo caso, los principios de contradicción, audiencia y defensa. Así, estas medidas únicamente estarán justificadas cuando resulten estrictamente necesarias para proteger a la víctima.

Cabe señalar que la ley no precisa el cauce legal para acordar estas medidas. La FGE, a través de la Circular 4/2005, establece que no considera la celebración de comparecencia judicial un requisito ineludible. No obstante, sí entiende que, por un lado, debe oírse a la víctima, a la persona que solicita esta medida si es distinta y al agresor y, por otro, que debe intervenir también el Ministerio Fiscal; asimismo, señala la FGE que la referencia contenida en el artículo 62 LOMPIVG parece indicar que este sea el trámite para acordar dichas medidas, aun cuando pueda hacerse separadamente.

En relación con la duración de las medidas, el artículo 69 LOMPIVG establece que *“estas medidas podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen”*. No obstante, el artículo 61 LOMPIVG recoge la obligación del juez de pronunciarse sobre su duración, sin perjuicio de que estas medidas sean revisadas a lo largo del procedimiento. En este sentido, podrán modificarse, suprimirse o prorrogarse en función del riesgo existente para la víctima, dentro de los límites legales establecidos.

Pese a que el Capítulo IV de la ley objeto de análisis recoge un amplio elenco de medidas judiciales tanto de carácter civil como de carácter penal, a efectos del presente trabajo interesa únicamente destacar aquellas de carácter civil relacionadas con los hijos menores de edad, en relación con la guarda y custodia y el régimen de visitas, estancia o comunicación de los menores del progenitor no custodio.

En relación con la guarda y custodia, el artículo 65 LOMPIVG recoge la posibilidad de que el Juez suspenda al inculpado por violencia de género el ejercicio de la guarda y custodia. Asimismo, para el caso de que el Juez no acordase la suspensión, el párrafo segundo del artículo 65 LOMPIVG establece la obligación del juez de pronunciarse siempre sobre la forma de ejercer dicha guarda y custodia.

Sobre el derecho de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores se pronuncia el artículo 66 LOMPIVG y establece la posibilidad de que el juez suspenda las citadas comunicaciones del menor con el inculpado por violencia de género. Asimismo, dicho artículo establece la posibilidad de que el juez, en interés superior del menor, no

acuerde la suspensión de estas, debiendo pronunciarse entonces sobre la forma en la que se ejercerá el derecho de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto a los menores que dependan de él.

V.2. La orden de protección

La orden de protección debe entenderse, en los supuestos de violencia de género, como aquella resolución judicial que ordena la protección de la víctima cuando existan indicios fundados de la comisión de un delito de violencia de género, así como una situación objetiva de riesgo para la víctima, pudiendo alcanzar esta protección a los hijos menores.

Este instrumento se introdujo en el ordenamiento jurídico español a través del artículo 544 *ter* LECrim, por la modificación operada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, que regula la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica⁴⁸, con el fin de establecer un procedimiento judicial rápido y sencillo en virtud del cual las víctimas de violencia doméstica pudieran obtener un estatuto integral de protección que comprenda medidas civiles, penales, asistenciales y de carácter social.

Posteriormente, el artículo 62 LOMPIVG configuró este instrumento como una medida de protección para las víctimas de violencia de género, concretando que, para su adopción, se deberá atender a lo dispuesto en el artículo 544 *ter* LECrim, en todo lo relativo a los requisitos, la tramitación y las medidas que se puedan acordar. Así, a través de la promulgación de la LOMPIVG, la orden de protección se convierte en una pieza clave para el aseguramiento de las víctimas de violencia de género, que pasarán a tener acceso a un instrumento en virtud del cual podrán obtener medidas de protección de carácter civil y penal en un solo acto.

En todo caso, solo se podrá acordar la orden de protección cuando se reúnan los requisitos penales. Asimismo, debe cumplirse con los requisitos mencionados en el apartado anterior, es decir, deben concurrir los principios de proporcionalidad y necesidad, así como la concurrencia de un peligro objetivo para la víctima y la apariencia de buen derecho. En consecuencia, para que se acuerde la referida orden deben existir indicios fundados de que se ha cometido un delito contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, la libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el

⁴⁸ BOE, núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

artículo 173.2 del Código Penal (en adelante CP)⁴⁹, esto es, contra quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Esta orden podrá ser acordada de oficio por el Juez, a instancia de la víctima o de alguna de las personas mencionadas en el párrafo anterior o del Ministerio Fiscal y debe acordarse mediante auto motivado, justificando la necesidad de su adopción.

Una vez acordada dicha orden, esta deberá inscribirse en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género y, a partir de ese momento, en un intento de ofrecer una protección real a la víctima, el artículo 544 *ter* LECrim recoge la obligación de informar de forma permanente a la víctima de la situación procesal del investigado, así como del alcance y de la vigencia de las medidas cautelares adoptadas.

En el caso de que la referida orden sea solicitada por la víctima, esta podrá hacerlo tanto ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal como ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las oficinas de atención a la víctima, los servicios sociales e instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas, que deberán remitir la referida solicitud al juez competente.

Con relación a este, cabe recordar que la competencia para conocer y adoptar la orden de protección, en situaciones de violencia de género, corresponde, con carácter general, al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, tal como establece el artículo 62 LOMPIVG⁵⁰. No obstante, esta competencia podrá ser atribuida a los Juzgados de Guardia, cuando se trate

⁴⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

⁵⁰ En el mismo sentido, artículo 14.5.C LECrim.

de una actuación urgente e inaplazable, debiendo remitir estos posteriormente las actuaciones al Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente.

En cuanto a la competencia territorial, tal como se mencionó en el apartado referente a este órgano jurisdiccional, será competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima o, en su caso, el Juzgado de Guardia del lugar de comisión de los hechos que motiven la celeridad de la adopción de la orden de protección, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 15 *bis* LECrim.

Con respecto al procedimiento para adoptar la orden de protección, el Juez deberá actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 *ter* LECrim. En este sentido, se convocará una audiencia en el plazo más breve posible, sin poder superar las 72 horas desde la solicitud de la orden de protección. Se citará a la víctima o a su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, que deberá comparecer mediante abogado, y deberá estar también presente el Ministerio Fiscal. Después de celebrada la audiencia, el Juez competente resolverá mediante auto motivado sobre la adopción de dicha orden, concretando el contenido y la vigencia de las medidas que incorpore, acreditando la necesidad y la proporcionalidad de estas. En caso de que el presunto agresor no compareciese, el Juez podría acordar una serie de medidas cautelares penales para evitar la desprotección de la víctima; sin embargo, no podría adoptar medidas civiles.

Así, en relación con las posibles medidas de carácter civil y penal que se pueden adoptar en la referida orden de protección en virtud del apartado 5 del artículo 544 *ter* LECrim, interesa destacar en este trabajo aquellas de índole civil, pese a que estas deberán ser acordes y coherentes con las medidas penales acordadas. En este sentido, el apartado 7 del artículo 544 *ter* LECrim enumera las medidas civiles que se podrán adoptar en la orden de protección siendo estas las relativas al ejercicio de la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela y guarda de hecho, a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, al régimen de guarda y custodia, así como a la suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores y a la pensión de alimentos. Reconoce, también, a fin de otorgar la mayor protección posible, la posibilidad de adoptar cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar a los menores de un peligro o de evitarles un peligro.

De esta forma, en relación con el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores, el Juez podrá suspender al inculpado por violencia de género del ejercicio de la guarda y custodia y, del mismo modo, podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los hijos menores del progenitor no custodio, de acuerdo con los artículos 65 y 66 LOMPIVG, ya expuestos en el apartado anterior, en tanto que son compatibles con el artículo 544 *ter* LECrim.

Asimismo, es importante destacar que, lógicamente y en virtud de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 92 CC, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer no podrá acordar un régimen de guarda y custodia compartida en la orden de protección, debiendo suspenderlo automáticamente en aquellos casos en los que fuese el existente entre los progenitores y los hijos menores.

Cabe señalar que no procederá acordar medidas civiles en la orden de protección cuando estas ya hubiesen sido adoptadas con anterioridad por un juez de familia. No obstante, cuando las circunstancias del caso lo hiciesen necesario, estas medidas sí podrían ser modificadas o complementadas a través de la citada orden, sin perjuicio de que, si fuese necesaria cualquier otra modificación, esta pudiese ser solicitada a través del procedimiento establecido en el artículo 158 CC.

En cuanto a la vigencia temporal de estas medidas, será de 30 días. Este plazo coincide con el previsto en el artículo 771 LEC⁵¹ y se encuentra condicionado a que la víctima o su representante legal insten la demanda civil. Si dentro de este plazo fuese incoado un procedimiento de familia ante la jurisdicción civil, las medidas acordadas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la interposición de la demanda. Al término de ese plazo, las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez competente. Si no se presentase demanda, debe entenderse que las medidas caducan.

Por último, se puede afirmar que, atendiendo a la duración de las medidas acordadas en la orden de protección, no se podrá interponer recurso alguno contra ellas⁵².

⁵¹ Con fundamento en el referido artículo 771 LEC, atinente a las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, cabría solicitar por parte del cónyuge que se propone demanda la nulidad, separación o divorcio las medidas recogidas en los artículos 102 y 103 CC, entre las que se incluye, el ejercicio de la guarda y custodia.

⁵² POLO GARCÍA, S. “Adopción de medidas civiles de familia en la orden de protección en casos de violencia de género”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre familia y menores*, 2016, N.º 12.

V.3. Medidas excepcionales del artículo 158 CC

El artículo 158 CC enumera una serie de medidas que pueden ser adoptadas, de forma excepcional, para proteger a los hijos menores y son compatibles con el resto de las medidas cautelares recogidas en el ordenamiento jurídico. Estas medidas podrán ser adoptadas de oficio por el Juez o solicitadas a instancia del propio hijo, de cualquier pariente sin límite de grado o instadas por el Ministerio Fiscal, cuando las estime pertinentes.

Estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria. Asimismo, podrán adoptarse en el marco de la ya expuesta orden de protección, en aquellos supuestos en los que sea urgente e inaplazable la protección del menor. Cabe señalar que estas medidas podrán acordarse, aunque exista una resolución civil previa, si se justifica un cambio circunstancial que motive su modificación. En este sentido, Múrtula Lafuente⁵³ ha señalado la utilidad del artículo 158 CC para reaccionar, de forma inmediata, ante supuestos de ruptura de la convivencia derivados de un acto de violencia, cuando no se hayan podido aplicar las normas previstas para las situaciones de crisis familiar.

En consecuencia, el Juez competente podrá acordar las medidas recogidas en el precitado artículo a fin de garantizar el interés superior del menor.

El apartado 2 permite que el Juez adopte las disposiciones necesarias para evitar perturbaciones a los hijos en situaciones de cambio de guarda. Esta medida adquiere especial relevancia en aquellos casos en los que la mujer, temerosa por su vida y por la de su hijo, confía la guarda a un tercero. El juez, en virtud de este artículo, podrá decidir si considera oportuno que el menor permanezca en el domicilio o continúe en situación temporal de guarda de hecho.

El apartado siguiente prevé una serie de medidas para evitar la sustracción del menor por sus progenitores de forma ilegal, lesionando los derechos del otro cónyuge. El Juez podrá adoptar esta medida ante un supuesto de violencia de género, toda vez que el secuestro del hijo puede ser entendido como un acto de violencia del hombre hacia la mujer.

⁵³ MÚRTULA LAFUENTE, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Dykinson, Madrid, 2016, p. 67.

Los apartados 4, 5 y 6, introducidos a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁴, responden a los principios de agilidad e inmediatez y buscan dar una respuesta rápida, a fin de evitar perjuicios derivados de la rigidez procesal. Así, el juez podrá prohibir al progenitor y a personas relacionadas con él acercarse o comunicarse con el menor. Asimismo, podrá acordar la suspensión cautelar del ejercicio tanto de la patria potestad, como de la guarda y custodia y del régimen de visitas y comunicaciones acordado en resolución judicial. Por último, en un intento de lograr la mayor protección posible del menor, el apartado 6 permite que el Juez adopte *“las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro y de evitarle perjuicios en su entorno familiar”*.

VI. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Como ya se ha mencionado en apartados anteriores, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo ha convertido la custodia compartida en la regla general, siempre que este modelo resulte el más beneficioso de acuerdo con el interés superior del menor y exista una relación de mutuo respeto y comunicación entre los progenitores. Sin embargo, es precisamente este último aspecto el principal problema que se plantea en sede de violencia de género.

En este tipo de supuestos puede ocurrir que el padre violento solicite la guarda y custodia compartida, como un medio para seguir ejerciendo violencia sobre la mujer, como una forma de ejercer maltrato a través de los hijos menores. En consecuencia, el Juez competente debe ser extremadamente cuidadoso a la hora de acordar cualquier medida civil relacionada con los hijos y, en especial, con aquellas relativas al régimen de guarda y custodia.

Pese a que las partes pueden solicitar este régimen de guarda y custodia, es importante destacar que esta cuestión es una materia de orden público y que, en consecuencia, no está supeditada únicamente a su voluntad, sino que, a la hora de acordarlo, es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal y la posterior aprobación por parte de la autoridad judicial. Así, en aquellos casos en los que el progenitor estuviese incurso en un procedimiento por violencia de género o condenado por el mismo, pese que existiese

⁵⁴ BOE, núm. 180, de 29 de julio de 2015.

acuerdo entre los progenitores, no cabría adoptar un modelo de guarda y custodia compartida y, mucho menos, conceder la custodia individual al padre, atendiendo al artículo 92.7 CC y al interés superior del menor.

Si bien el CC no hace referencia a este supuesto de forma concreta, existen distintas leyes autonómicas⁵⁵ que regulan esta problemática, en mayor o menor medida, con el fin de prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad.

En relación con el artículo 92 CC y el modelo de custodia a adoptar, resulta interesante destacar la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre⁵⁶, que se pronunció sobre la aplicación del artículo 92 CC en los siguientes términos:

“regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial con base en dos principios:

- a) El mantenimiento de las obligaciones de los padres para con los hijos.
- b) El beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión de la autoridad judicial sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos.”

En la misma línea se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que la interpretación de las disposiciones recogidas en el Código Civil, en relación con la guarda y custodia, debe responder al interés superior del menor, prestando especial atención, en el tema objeto de análisis, a las relaciones de estos con los progenitores, así como a las aptitudes personales de estos últimos y al respeto mutuo en sus relaciones personales, debiendo primar siempre el interés del menor frente a los derechos de sus progenitores⁵⁷.

⁵⁵ Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres; Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres; Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco.

⁵⁶ ECLI:ES:TC:2012:185.

⁵⁷ STS 318/2020, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2018).

Sobre la necesidad del respeto mutuo, interesa destacar la STS 96/2015, de 16 de febrero⁵⁸, que establece que para adoptar un sistema de guarda y custodia compartida no se exige un acuerdo, pero sí una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades de diálogo entre las partes. Así, el Tribunal concluye en dicha sentencia que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que exista una relación respeto mutuo entre los progenitores y que, pese a su ruptura afectiva, se mantenga un marco familiar que favorezca el crecimiento y el desarrollo del menor.

Por tanto, atendiendo a la redacción dada por el legislador al artículo 92. 7 CC, debe entenderse que el artículo opera de forma imperativa en relación con la imposibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia en aquellos supuestos de violencia de género, sin dejar margen de discrecionalidad al juez y que este pueda valorar la gravedad de los hechos o la incidencia de estos en el desarrollo de los menores.

Resulta evidente, en virtud de lo expuesto, que el legislador ha optado por un modelo de custodia compartida en el que no debe existir mayor conflictividad que la habitual derivada de una ruptura ni el padre podrá estar incurso en un proceso penal por violencia de género ni condenado por ello.

No obstante, los juzgados y tribunales de nuestro país se han pronunciado sobre estas posibilidades, así como sobre la de establecer un régimen de guarda y custodia compartida cuando se haya cumplido la condena por violencia de género o cuando se haya archivado la causa penal.

VI.1. Guarda y custodia compartida cuando el progenitor se halle incurso en un procedimiento penal

En principio, la atribución de la guarda y custodia compartida al progenitor que se encuentre inmerso en un proceso penal por violencia de género resulta imposible y, ello, en virtud del ya mencionado artículo 92.7 CC, que lo prohíbe expresamente. Asimismo, y pese a que el citado artículo solo hace referencia al régimen de guarda y custodia compartida, es necesario destacar que tampoco procederá, lógicamente, conceder la guarda y custodia individual al presunto violento.

⁵⁸ ECLI:ES:TS:2015:615.

Esta cuestión ha sido analizada por el TS en numerosos pronunciamientos en los que sostiene que, en aquellos casos en los que exista un elemento de violencia, no se podrá fijar un régimen de guarda y custodia compartida puesto que resulta incompatible con la protección del interés del menor y ello en la medida en la que faltan dos elementos clave: el respeto mutuo y la comunicación idónea y conveniente entre los progenitores.

Sobre esta imposibilidad derivada de la existencia de un procedimiento penal contra el presunto violento, se pronuncia la STS 350/2016, de 26 de mayo⁵⁹, que concluye que partiendo de un delito de violencia de género sometido a enjuiciamiento y ante las actitudes del padre, que ejerce una posición irrespetuosa de abuso y dominación sobre la mujer, es imposible que pueda llevarse a buen término un sistema de guarda y custodia compartida que exige, como se menciona en el párrafo anterior, un mínimo respeto y una actitud colaborativa, que beneficie al interés superior del menor.

No obstante, y, pese a que la dicción literal del citado artículo 92. 7 CC permite entender que la exclusión de la guarda y custodia compartida es automática, esto debe ponerse en relación con el interés superior del menor. Así, una vez iniciado el procedimiento penal, debe atenderse a la concurrencia de indicios objetivos de criminalidad, de forma que la mera denuncia de la madre no será causa suficiente para denegar o suspender el régimen de guarda y custodia compartida.

En este sentido se pronuncia la STS 372/2021, de 31 de mayo⁶⁰ que confirma la imposibilidad de establecer el régimen de custodia compartida con base en que el demandado no ha sido solamente denunciado por violencia de género, por la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para esclarecer su veracidad, sino que se encuentra incurso en un proceso penal en condición de investigado y en el que se aprecian indicios de criminalidad contra la que entonces era su mujer, en un contexto de control y de relación disfuncional.

Por tanto, siempre que se haya iniciado un procedimiento por violencia de género y haya indicios probados de criminalidad, no se podrá optar por el modelo de guarda y custodia compartida.

⁵⁹ ECLI:ES:TS:2016:2304.

⁶⁰ ECLI:ES:TS:2021:2255.

En los casos descritos, resultaría competente para adoptar dicha decisión el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, bien hasta la total extinción de la responsabilidad derivada del delito, bien hasta el archivo de la causa.

VI.2. Guarda y custodia compartida en aquellos supuestos en los que hubiese recaído condena penal por violencia de género

Durante años, el TS no hizo mención directa a la violencia de género como causa de denegación del régimen de guarda y custodia compartida.

No obstante, a partir de la STS 36/2016, de 4 de febrero⁶¹ se produjo un cambio en la doctrina jurisprudencial y se fijó que la condena por violencia de género sobre la pareja sí debía ser un criterio relevante a tener en cuenta a la hora de denegar la guarda y custodia al padre maltratador o violento. El Tribunal, a través de dicha sentencia, razona que unos hechos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que también se convierten en víctimas, no pueden quedar sin respuesta. Concluye que, de acordarse el régimen de guarda y custodia compartida solicitado por el progenitor paterno se colocaría a los menores en una situación de riesgo idéntica a la sufrida por la madre.

Además, como ya se ha mencionado, es doctrina reiterada del TS⁶² que el modelo de guarda y custodia compartida requiere que entre ambos progenitores exista una relación de respeto mutua que permita la adopción de la misma y que, pese a la ruptura de la relación afectiva de los progenitores, se mantenga un clima familiar que permita el desarrollo del menor. Así, una cosa es la lógica conflictividad derivada de la ruptura y otra, muy distinta, es que exista una condena por un delito de violencia de género que aparte al padre del entorno familiar a consecuencia del clima de violencia sufrido tanto por la madre como por los hijos, puesto esto va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuada al interés de los menores.

En este sentido, es importante volver a traer a colación el artículo 2 de Ley 8/2015, de 22 de julio, cuya redacción exige que el menor crezca y se desarrolle en un entorno libre de

⁶¹ ECLI:ES:TS:2016:188.

⁶² Entre otras, STS 257/2013, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2246), STS 96/2015, 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:615) y STS 585/2015, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4442).

violencia y que, en aquellos casos en los que no pudiera respetarse el interés de todos los concurrentes, prime el interés del menor sobre cualquier otro⁶³.

Sobre el interés superior del menor en este tipo de supuestos en los que existe una condena penal por violencia de género se pronuncia la STS 729/2021, de 27 de octubre⁶⁴, que concluye lo siguiente:

“no es conveniente adoptar el sistema de custodia compartida pues, de los hechos probados en la sentencia penal, queda acreditado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella, por lo que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, y es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua”.

Finalmente, es necesario destacar que esta exclusión del régimen de guarda y custodia compartida ante la existencia de una condena por violencia de género no es solo relevante ante la existencia de una sentencia firme, sino que dicha condena también es tomada en consideración cuando la sentencia no ha devenido firme.

Sobre esta posibilidad de pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Madrid de 3 de febrero de 2015⁶⁵ concluyendo que, siendo realmente conflictiva la situación judicial entre las partes y existiendo una condena penal contra el padre, aunque no figure la firmeza de la misma, se deberá descartar la custodia compartida por no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia y ya mencionados a lo largo del presente trabajo.

En suma, atendiendo a todo lo expuesto, se puede concluir que la línea general, en aras de defender el interés superior del menor, es rechazar que se establezca un régimen de guarda y custodia compartida tanto cuando la sentencia es firme como cuando aún no lo

⁶³ Entre otras, STS 175/2021, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1226) y STS 545/2022, de 7 julio (ECLI:ES:TS:2022:2783).

⁶⁴ ECLI:ES:TS:2021:4022.

⁶⁵ ECLI:ES:APM:2015:1420.

es, sin perjuicio de que, en el caso de quedar finalmente absuelto, pese a que no suele ser común, el progenitor pueda instar una modificación de medidas.

VI.3. Guarda y custodia compartida una vez cumplida la condena por un delito de violencia de género

El TS se ha pronunciado recientemente, a través de la STS 228/2022, de 28 de marzo⁶⁶, sobre la posibilidad de acordar un régimen de guarda y custodia compartida una vez cumplida la condena por violencia de género.

En el caso que resuelve dicha sentencia, el progenitor había sido condenado a la pena de 10 días de localización permanente, por un delito leve de vejación injusta. No obstante, el Tribunal razona que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 136 CP⁶⁷, dichos antecedentes no pueden ser tomados en consideración a la hora de determinar el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida, puesto que procede su cancelación.

De esta forma, el TS concluye que, cuando se haya cumplido la pena y los antecedentes hayan sido cancelados o concurran los requisitos del artículo 136 CP para que puedan entenderse cancelados, la condena no podrá entenderse como un obstáculo para acordar la guarda y custodia compartida ya que en tales supuestos no cabe entender vulnerado el artículo 92. 7 CC, pues el progenitor ya no se encuentra incurso en un procedimiento penal por violencia de género.

VI.4. Guarda y custodia compartida tras la absolución y archivo de un procedimiento de violencia de género

El apartado 7 del artículo 92 CC no resuelve si las medidas adoptadas en relación con la guarda y custodia en un procedimiento de violencia de género podrán ser revisables⁶⁸.

⁶⁶ ECLI:ES:TS:2022:1207.

⁶⁷ Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves.

⁶⁸ Determinadas disposiciones autonómicas, como la Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sí regulan de forma expresa la posibilidad de revisar esas resoluciones civiles.

No obstante, la Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la Violencia de Género dispuso que, en aquellos supuestos en los que no se acuerde la atribución de la custodia compartida al progenitor que se halle incurso en un procedimiento penal por atentar contra la vida, la libertad, la integridad física y/o moral o la indemnidad sexual del otro cónyuge de los hijos, con base en la existencia de ese procedimiento, dicha decisión podría ser revisable si en el procedimiento penal se dictase sentencia absolutoria o se acordase sobreseimiento libre de conformidad con el artículo 637, 1º y 2º LECrim⁶⁹; pero no necesariamente cuando se acuerde el sobreseimiento provisional, por no resultar debidamente justificada la comisión del delito o por carecer de motivos suficientes para acusar a ese progenitor, como establece el artículo 641.1 y 2 LECrim.

En consecuencia, podremos concluir que una vez que se pone fin al proceso penal absolviendo al progenitor de manera firme, cabe otorgar la custodia compartida.

En este sentido, se pronuncia la STS 251/2016, de 13 de abril⁷⁰, que establece un régimen de guarda y custodia compartida en un proceso de modificación de medidas en el que se absuelve al progenitor del delito de maltrato habitual y amenazas por el que le había denunciado su esposa. El TS entiende que dicha absolución debe entenderse como un cambio significativo de las circunstancias, toda vez que dicha denuncia fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida al encontrarse el progenitor en un procedimiento penal en curso, por aplicación del ya expuesto artículo 92. 7 CC. Asimismo, el Tribunal recuerda en esta sentencia que la custodia compartida es el sistema normal y no excepcional, por lo que, siempre que no se resulte perjudicial para el interés superior del menor, es el criterio que debe seguirse.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Salamanca 466/2019, de 30 de septiembre⁷¹, que estima la demanda presentada por el progenitor y establece un régimen de guarda y custodia compartida al entender que las circunstancias se habían visto sustancialmente modificadas al haberse archivado la causa penal que se seguía contra dicho progenitor.

⁶⁹ Procederá el sobreseimiento libre: 1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

⁷⁰ ECLI:ES:TS:2016:1638.

⁷¹ ECLI:ES:APSA:2019:568.

Finalmente, sobre la posibilidad de que el archivo de varias denuncias por violencia de género determine la exclusión de la guarda y custodia compartida, se pronuncia la STS 388/2022, de 28 de abril⁷² afirmando que sí debe valorarse la existencia de dichas denuncias. No obstante, el Tribunal señala que siendo denuncias y no condenas, no deben entenderse como un hecho impositivo a la hora de establecer un régimen de custodia compartida, pues al estar archivadas, no puede aplicarse el artículo 92.7 CC.

Así las cosas, la firmeza de la resolución penal absolutoria para revisar las medidas civiles relativas a la guarda y custodia se configura como una exigencia derivada del interés superior del menor, que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores cuando no exista causa que lo impida⁷³. De lo contrario existiría el riesgo de que la duración del procedimiento penal supusiese un menoscabo en la relación del hijo y del progenitor, en aquellos casos en los que el proceso termine con una sentencia absolutoria.

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia recogida en el presente apartado, puede entenderse que la sentencia absolutoria firme, con el consecuente archivo de la causa, da lugar a la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida si así lo solicitase el progenitor e incluso en aquellos supuestos en los que se acuerde el sobreseimiento provisional. Con todo, este último caso, podría entrañar un peligro, pues es habitual que, tras la interposición de una denuncia por un presunto delito por violencia de género, la mujer víctima se acoja a su derecho no declarar⁷⁴, por presiones o miedo y ello colocaría tanto a ella como a los hijos que pudiera tener en una situación de riesgo y vulnerabilidad.

Así ocurre, por ejemplo, en la STS 54/2011 de 11 de febrero⁷⁵ que niega la custodia compartida y el derecho de visitas al padre al considerar probado su comportamiento violento, pese a que las diligencias penales que se abrieron en su momento fuesen sobreseídas.

⁷² ECLI:ES:TS:2022:1766.

⁷³ Artículo 160 CC: *1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161 CC. (...)*

⁷⁴ Artículo 416.1 LECrim: *Están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil.*

⁷⁵ ECLI:ES:TS:2011:505.

A efectos procesales, cabe señalar que la referida modificación de medidas deberá realizarse atendiendo al procedimiento recogido en el artículo 775 LEC. En virtud de este precepto, la demanda de modificación de medidas debería interponerse ante el Juzgado que dictó las medidas cuya modificación se pretende. No obstante, y a raíz de los pronunciamientos contradictorios de las diferentes Audiencias Provinciales sobre cuál debía ser el órgano competente para conocer de la modificación de las medidas una vez sobreseídas las actuaciones penales, el TS se pronuncia mediante Auto de 14 de junio de 2017⁷⁶ y resuelve la cuestión atribuyendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia con competencia en materia de familia.

⁷⁶ ECLI:ES:TS:2017:6560A.

VII. CONCLUSIONES

- I. No existe un concepto unívoco de violencia de género. Sin embargo, todas las definiciones tienen un elemento común y es que se trata de aquella violencia que ejerce el hombre sobre la mujer, por el mero hecho de ser mujer, cuando exista o haya existido relación entre ellos, por lo que no debe confundirse con la violencia doméstica.

- II. A partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género Ley, en España se promulgaron diferentes normas con el objetivo de ofrecer una protección integral a las víctimas de este tipo de violencia. Pese a que en un primer momento solo se incluía dentro del concepto de víctima a la mujer, el desarrollo normativo sobre esta materia ha derivado en que los hijos menores también sean considerados víctimas, por convivir con el progenitor maltratador en un ambiente de violencia y por ser utilizados, en muchos casos, como instrumentos para causar dolor a sus madres tras el cese de la relación, lo que se conoce como violencia vicaria. Es por ello por lo que se hace necesario extender la protección sobre aquellos aspectos que afectan a los hijos menores, entre los que se encuentran las medidas civiles que se puedan adoptar en aquellos supuestos en que cese la convivencia entre los progenitores.

- III. Entre las referidas medidas se encuentran las relativas al ejercicio de la guarda y custodia que debe regularse una vez cesa la convivencia entre ambos progenitores. El ordenamiento jurídico español reconoce diferentes modelos y la adopción de uno u otro deberá responder siempre al interés superior del menor. Pese a que se trata de un concepto jurídico indeterminado, existen una serie de circunstancias que se deben tener en cuenta a la hora de valorarlo y, en materia de violencia de género, es especialmente importante que el menor pueda crecer en un ambiente totalmente libre de violencia.

- IV. En la actualidad la guarda y custodia compartida se configura como el modelo deseable siempre que este sea acorde al interés superior del menor. No

obstante, esto encuentra el límite en aquellas situaciones en las que el padre está incurso en un procedimiento penal, pues no procederá su adopción ni su mantenimiento, toda vez que puede suponer un riesgo y un peligro para los hijos menores.

- V. A la necesidad de proteger a los hijos menores, se suma la necesidad de evitar la descoordinación entre el órgano penal que conocerá del caso y del órgano civil que deberá adoptar las medidas civiles para proteger a los menores. Es por ello, por lo que a través de la LOMPIVG se crearon en España los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Estos Juzgados tienen competencia exclusiva y excluyente en asuntos de familia siempre que la causa penal se encuentre en trámite y mantendrán la competencia hasta que se extinga la responsabilidad penal del progenitor o hasta que se acuerde el sobreseimiento y archivo de la causa.
- VI. Sobre la protección de los hijos menores, cabe señalar que el ordenamiento jurídico español prevé diferentes instrumentos que permiten al Juez apartar a los menores del peligro en situaciones de violencia de género, sobre todo en relación con el régimen de guarda y custodia. Entre estos se encuentran, en primer lugar, las medidas recogidas en la LOMPIVG, compatibles con cualquier otra medida cautelar y de aseguramiento, tal como reconoce la propia ley; en segundo lugar, la orden de protección que permite acordar simultáneamente medidas penales y civiles, siempre que se adopten las primeras; y, por último, las medidas excepcionales del artículo 158 CC, que permiten dar una respuesta rápida cuando se produzca un cambio en las circunstancias por un acto de violencia.
- VII. Por último, cabe señalar que los tribunales españoles se han pronunciado sobre la posibilidad de acordar el régimen de guarda y custodia compartida en diferentes situaciones relacionadas con un delito de violencia de género. En primer lugar, como norma general, rechazan la adopción de este modelo siempre que el progenitor se halle incurso en un proceso penal; no obstante, señalan que esto no es automático, sino que deben existir indicios fundados de criminalidad y un peligro objetivo para la víctima. En segundo lugar, se

pronuncian sobre la posibilidad de adoptar el precitado régimen cuando exista una condena y coinciden en que la guarda y custodia compartida no procederá cuando exista condena firme, como norma general, en aras de defender el interés superior del menor. En tercer lugar, sobre la posibilidad de adoptar el régimen de guarda y custodia una vez cumplida la condena, el Tribunal Supremo señala que, una vez cumplida la pena, esa condena no puede entenderse como un obstáculo para acordar dicha guarda y custodia, pues el progenitor no se haya incurrido en una causa penal, sin perjuicio de que en otros supuestos hayan de valorarse otros aspectos para proteger al menor. Por último, sobre la posibilidad de acordarse este régimen tras la absolución y el archivo de la causa, cabe concluir que sí cabe su adopción y añaden que la revisión de las medidas civiles relativas a la guarda y custodia una vez absuelto el progenitor, supone una exigencia derivada del interés superior del menor, que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA RODRÍGUEZ, R., “Medidas civiles contra la violencia de género en la LO 1/2004”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 17, 2008, pp. 9 – 33.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., “El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, *InDret*, N.º 3, 2020, p. 174 – 213.
<https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i3.06>

CALZADILLA MEDINA, M.A., “Crisis familiar, personas menores de edad e indicios de violencia vicaria”, *Infancia y Adolescencia*, N.º 12, 2023, pp. 49 – 89.
<https://doi.org/10.4995/IA.2023.637401>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 4/2005, de 19 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral para la Violencia de Género*, 2005.

GUTIÉRREZ BARRENGOA, A., “La competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer”, *Estudios de Deusto*, Vol. 57, N.º 1, 2012, pp. 87 – 137.
[https://doi.org/10.18543/ed-57\(1\)-2009pp87-137](https://doi.org/10.18543/ed-57(1)-2009pp87-137)

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., “Medidas judiciales de protección y aseguramiento de las víctimas ¿Novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal?”, *Diario La Ley*, N.º 6176, 2017.

MAQUEDA ABREU, M.L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 8, 2006.

Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. *Violencia doméstica*, 2023.

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

PERAL LÓPEZ, M.C., *Madres Maltratadas: violencia vicaria sobre hijas e hijos*. UMAEditorial, Málaga, 2018.

PERAMATO MARTÍN, T., “Problemas competenciales. Relación análoga de afectividad. Menores víctimas ambientales o instrumentales”. *VII Congreso del Observatorio contra*

la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2018.

POLO GARCÍA, S. “Adopción de medidas civiles de familia en la orden de protección en casos de violencia de género”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre familia y menores*, N.º 12, 2016.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N.º 2, 2012, p. 89 -108.

RUEDA MARTÍN, M.A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Editorial Reus, Madrid, 2012.

SANTAMARÍA, M.L., “El concepto del interés superior del niño y su dimensión constitucional”, *Infancia y Adolescencia*, N.º7, 2019, <https://doi.org/10.4995/IA.2019.646801>

VACCARO, S., *Violencia Vicaria: los hijos y las hijas víctimas de la violencia contra sus madres*. 2015. Disponible en; <http://tribunafeminista.org/2016/03/violencia-vicaria-las-hijas-y-los-hijos-victimas-de-la-violencia- contra-sus-madres/>

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

▪ Tribunal Constitucional

STC 4/2001, de 15 de enero (ECLI:ES:TC:2001:4)

STC 185/2012, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:2012:185)

▪ Tribunal Supremo

ATS de 3 de marzo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:599A)

ATS de 6 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3805A)

ATS de 14 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:6560A)

STS 54/2011, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2011:505)

STS 257/2013, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2246)

STS 200/2014, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1699)

STS 96/2015, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:615)

STS 76/2015, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:442)

STS 36/2016, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:188)

STS 251/2016, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1638)

STS 350/2016, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2304)

STS 442/2017, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2840)

STS 318/2020, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2018)

STS 175/2021, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1226)

STS 371/2021, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2255)

STS 729/2021, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:4022)

STS 228/2022, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1207)

STS 388/2022, de 28 de abril (ECLI:ES:2022:1766)

STS 545/2022, de 7 julio (ECLI:ES:TS:2022:2783)

- **Tribunal Superior de Justicia**

STSJ Andalucía 43/2013, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:JAND:2013:13960)

- **Audiencia Provincial**

SAP Madrid 118/2015, de 3 de febrero (ECLI:ES:APM:2015:1420)

SAP Salamanca 466/2019, de 30 de septiembre (ECLI:ES:APSA:2019:568)

APÉNDICE LEGISLATIVO

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (*BOE*, núm. 137, de 6 de junio de 2014).

IV Conferencia Mundial Sobre la Mujer organizada por la ONU en Beijing en 1995.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE*, núm. 157, de 2 de julio de 1985).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (*BOE*, núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (*BOE*, núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia (*BOE*, núm. 175, de 23 de julio de 2015).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a Adolescencia frente a la Violencia (*BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 2021).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE*, núm. 7, de 8 de enero de 2000).

Ley 27/2003, de 31 de julio, que regula la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica (*BOE*, núm. 183, de 1 de agosto de 2003).

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil, en materia de divorcio (*BOE*, núm. 163, de 9 de julio de 2005).

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE*, núm. 180, de 29 de julio de 2015).

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (*BOE*, núm. 101, de 28 de abril de 2015).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Gaceta de Madrid*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (*Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

