

## **PRÁCTICA JUDICIAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

Las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género atribuyen competencias civiles a los Juzgados de Violencia, en virtud de las cuales dichos órganos judiciales adoptan medidas de índole personal, económicas y patrimoniales que afectan a la mujer y a las y los hijas/os tanto al dictar Ordenes de Protección, como al atraer la competencia para conocer de los procedimientos de separación, nulidad y divorcio y relaciones paterno-filiales en los casos fijados por ley (existencia de unas diligencias penales por violencia sin que haya recaído sentencia firme y sin que, existiendo un procedimiento civil en tramitación no se haya celebrado la vista del mismo).

En estos casos el Juez que conoce del procedimiento penal es el que dicta las resoluciones de índole civil por lo que tiene conocimiento directo de las circunstancias que concurren en el ámbito familiar que puedan aconsejar la adopción de determinadas medidas de protejan a las y los hijas/os como puede ser la suspensión o privación de la Patria Potestad, o la suspensión del régimen de visitas y, en todo caso la atribución de la custodia y las medidas de índole económico.

Los Informes que periódicamente emite el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, no incluyen ningún dato estadístico sobre las Medidas Civiles adoptadas por los Juzgados de Violencia.

Tampoco el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) evalúa en su Observatorio de Violencia de Género las Medidas Civiles adoptadas en los Juzgados de Violencia

La Asociación de Mujeres Juristas Themis en los diferentes Talleres que ha realizado para analizar la praxis de los Juzgados de Violencia de Género, ha detectado que en los mismos, los procesos denominados de familia en múltiples casos se tramitan mas lentamente y de manera menos especializada que en los Juzgados Civiles o de Familia

*"con pocas exigencias en la fijación de medidas relativas a los hijos menores comunes, minimizando las conductas violentas del padre agresor, tratando a los menores como víctimas indirectas de la situación de violencia, ignorando su afectación directa y en contados casos se suspenden las visitas de los menores con el maltratador, a pesar de ser una medida prevista en la Ley Integral, reconduciéndose dichas visitas a través de los Puntos de Encuentro Familiar, habiéndose detectado falta de sensibilidad por los profesionales de*

*dichos Centros respecto a la situación de violencia sufrida por la mujer, realizando informes que remiten al Juez en donde incluyen valoraciones que, o no son de su competencia o no detallan la realidad existente.”*

En relación con las Medidas Civiles adoptadas en las Ordenes de Protección, hemos detectado que existen criterios dispares en cuanto a la admisión de recursos de apelación sobre dichas medidas, entendiendo algunas Audiencias Provinciales que no pueden pronunciarse a este respecto.

Así la AP de Barcelona en resoluciones dictadas el 2 de mayo de 2006, 9 de junio de 2009 y 7 de mayo de 2009 considera insostenible la admisión del recurso de apelación contra tal tipo de medidas civiles por el escaso tiempo de vigencia de las mismas, ( 30 días ) dando a estas el mismo tratamiento que a las Medidas Previas a la admisión de la demanda de separación o divorcio, si bien la realidad cotidiana acredita que su vigencia se puede prolongar mas de un año, debido a las dilaciones indebidas que se detectan en la tramitación de los procedimientos civiles.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª ( auto de 22-8-2006) y la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª ( auto 15-7-2005 ) sin embargo, si consideran que las Medidas Civiles contenidas en la Orden de Protección pueden ser recurridas en Apelación.

Igualmente cabe destacar que las cuantías que se establecen para el levantamiento de cargas familiares son sensiblemente inferiores a las fijadas por los Juzgados Civiles, ello porque no se admiten, dada la urgencia de la adopción de la Orden, pruebas encaminadas a acreditar la capacidad económica. Algunos Juzgados son reticentes a la hora de considerar del obligado al pago.

Constatamos que algunos Juzgados son reticentes a la hora de valorar la situación de violencia padecida por la familia al adoptar las medidas civiles, acordando únicamente que la entrega de los menores se realice en un Punto de Encuentro, y valorando negativamente el empeño de la madre en solicitar la suspensión del régimen de visitas, con riesgo de que se considere una obstrucción del mismo que puede llevar aparejada la pérdida de la custodia en el pleito civil de separación, divorcio o medida paterno-filiales, aún en los casos en que los y las menores se niegan a ir con un padre violento.

Además de los pleitos civiles de los que conocen los Juzgados de Violencia, son numerosísimas las rupturas que se plantean ante la Jurisdicción Civil, en las que, la víctima de violencia de género no ha denunciado al agresor.

Desde la reforma del Código Civil de 2005, que se suprime la necesidad de alegar y probar la causa para solicitar la separación o el divorcio la prueba que se practica suele ir encaminada a acreditar los medios económicos de los litigantes, sus necesidades y las de los hijos y la capacidad de ambos para ostentar la custodia, pero únicamente si el padre y la madre la soliciten.

Tampoco existen datos estadísticos sobre violencia de género en los procedimientos tramitados en los Juzgados de Familia o de 1ª Instancia.

Tanto en los Juzgados de Violencia como en los Civiles la actividad de los equipos Psicosociales es manifiestamente mejorable.

En los Juzgados de Violencia las periciales psicológicas de los agresores se encaminan a analizar si existe alguna causa modificativa de la responsabilidad criminal mientras que cuando se examina a la víctima el fin no es otro que valorar el grado de credibilidad de las mismas.

En este caso los equipos psicosociales adscritos al Juzgado realizan un informe sobre el grupo familiar pero en numerosas ocasiones no entran a valorar la situación de violencia que pueden estar padeciendo los hijos y raramente recomiendan la suspensión o la limitación del régimen de visitas.

En los Juzgados de Familia, al no constar en los autos la violencia padecida por la mujer y las y los menores, no suele evaluarse. Sin embargo el ordenamiento jurídico contiene instrumentos suficiente para proteger a las/os menores de de la violencia.

## **PATRIA POTESTAD Y LAS FORMAS DE CUSTODIA RECOGIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA**

### **CÓDIGO CIVIL -Patria Potestad**

El Código Civil regula el ejercicio de la Patria Potestad por parte del padre y de la madre, su atribución al producirse la ruptura mediante resolución judicial, y los supuestos en los que puede privarse del ejercicio de la misma a quienes la ostentan, según disponen los siguientes artículos

#### **Ejercicio de la patria potestad y funciones que comprende**

##### **Artículo 154**

“Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

*La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.*

*Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:*

*1ª. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

*2ª. Representarlos y administrar sus bienes.*

*Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.*

*Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.”*

#### **Atribución a uno solo de los progenitores del ejercicio de la Patria Potestad total o parcialmente con carácter temporal**

##### **Artículo 156**

“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados, o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

*En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.*

*En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.*

*Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”*

## **Medidas urgentes para proteger al o a la menor**

### **Artículo 158.**

*“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:*

*....4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.*

*Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.”*

## **Guarda y Custodia.**

### **Artículo 159.\***

*“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”*

<sup>1</sup> Redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del C.C en aplicación del principio de no discriminación en razón de sexo.

## Visitas

### **Artículo 160.**

*“Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.*

*No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.*

*En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.”*

## **Atribución de la guarda y custodia, de la patria potestad y fijación de régimen de visitas en procedimientos de familia.**

### **Artículo 103.**

*Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estos las medidas siguientes:*

- 1. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*
- 2. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. “*

### **Artículo 104.**

*“El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores.”*

## **Artículo 90**

*“El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:*

- a. El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.*

*Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. \**

*\*modificado por ley 42/2003 de 21 de noviembre*

*Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez, propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.*

*El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.*

## **Artículo 92.**

*“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.*

*5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

*6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral 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.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”

\* Debe su actual redacción a la Ley 15/2005 de 8 de julio.

#### **Artículo 94.**

“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

## **LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES. APROBADA POR LAS CORTES DE ARAGÓN EL 21 DE MAYO DE 2010.**

*“Los supuestos de ruptura de la convivencia familiar han crecido notablemente en la última década, siendo uno de los asuntos más delicados a resolver el de la guarda y custodia de los hijos comunes. Esta cuestión se encuentra actualmente regulada por el artículo 92 del Código Civil español, reformado por la Ley 15/2005 de 8 de julio, que, en defecto de acuerdo entre los padres, configura la guarda y custodia compartida como excepcional, siendo necesario recabar el informe favorable del Ministerio Fiscal. La aplicación de este precepto ha supuesto en la práctica el otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer. Sin embargo, la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores”*

El legislador aragonés concluye que *“los importantes cambios que se han ido produciendo en la sociedad aragonesa en las últimas décadas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral, circunstancia que ha generado unas nuevas relaciones familiares que se ajustan más al modelo de custodia compartida”* por lo que *“respondiendo a una importante demanda social”* ( ) *“configura la custodia compartida frente a la individual de forma preferente”*.

La Ley regula el que llama “pacto de relaciones familiares” que habrá de ser aprobado por el Juez, la Mediación Familiar, de la que exceptúa los supuestos en los que uno de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física moral o sexual del otro o de los hijos o hijas o existan indicios fundados de violencia doméstica o de género.

La Ley regula el que llama “pacto de relaciones familiares” que habrá de ser aprobado por el Juez, la Mediación Familiar, de la que exceptúa los supuestos en los que uno de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física moral o sexual del otro o de los hijos o hijas o existan indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Introduce la atribución del uso temporal de la vivienda familiar a favor del progenitor más necesitado en el caso de custodia compartida, y, en su defecto, se decidirá por el juez el destino de la vivienda, acordando su venta si es propiedad de los cónyuges.

## **LEY 25/2010, DE 29 DE JULIO, DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA**

En el preámbulo de la ley se destaca la inclusión en la misma de dos novedades en relación con la responsabilidad parental:

- Toda propuesta de los progenitores sobre esta materia debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, que define como *“un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos”*.

Alienta a los progenitores *“Tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten”*.

Se entiende así, según se dice en el Preámbulo de la ley que se favorece la colaboración entre los abogados de las partes, psicólogos y educadores, entre otros para poder alcanzar acuerdos.

-Se introduce como norma que *“la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si este no se ha aprobado, como deben ejercerse las responsabilidades parentales, y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de éstas y al interés superior del menor”*.

La ley favorece el ejercicio de la co-parentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas después de la ruptura de pareja, y la mediación, reconociendo explícitamente que el Juez debe decidir teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

También se expone en el preámbulo de la citada ley que *“se ha tenido en cuenta el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre, cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales. Por ese motivo se destacan como criterios para determinar la guarda individual la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura”*

Finalmente, y *“de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 5/2008, de 28 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, se excluye de toda participación en la guarda al progenitor contra quien exista sentencia firme o mientras existan indicios fundamentados de violencia familiar o machista y se establece explícitamente la supervisión de las relaciones personales en situación de riesgo”*.

## **NAVARRA, LEY FORAL 3/2011, DE 17 DE MARZO, SOBRE CUSTODIA DE LOS HIJOS EN LOS CASOS DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES.**

*El preámbulo de la Ley dice*

*En los supuestos de ruptura de la convivencia, la guarda y custodia de los hijos comunes es uno de los asuntos más delicados a resolver. La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal.*

*La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.*

La ley establece que

*En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.*

*3. El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores:*

- a) La edad de los hijos.*
- b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.*
- c) El arraigo social y familiar de los hijos.*
- d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
- e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos.*
- f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*
- g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.*
- h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

*No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:*

- a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.*

b) *Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.*

*Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.*

*Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.*

*La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.*

## **LEY VALENCIANA 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE LA GENERALITAT, DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN.**

*La ley tiene por objeto regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas.*

Las relaciones paterno-filiales acordadas por los progenitores o en su defecto por decisión judicial podrán modificarse o extinguirse:

*. Por iniciativa del Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores e incapacitados.*

*Por privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores, sobrevenida al pacto.*

*Por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto.*

*El pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal.*

### *Medidas judiciales*

*1. A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley.*

*2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.*

*5. La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia.*

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

Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.

El Código Civil se aplicará con carácter supletorio, en defecto de la presente ley, en todas las materias reguladas por ésta.

## **RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA JURISDICCIÓN CIVIL RELATIVAS A CUSTODIA , VISITAS Y A LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD-**

**-TRIBUNAL SUPREMO, Sala 1ª. Sentencia de 10 de marzo de 2010 Ponente Encarnación Roca Trias.**

*Al referirse al establecimiento de la custodia compartida, dice así*

*“como afirma la sentencia de 8 de octubre de 2009, es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al Juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consiste éste interés, a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos que sí los especifican (...). Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión de que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que, forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. Estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida.*

Ninguna mención a la violencia de género, pese a que el Código Civil dispone la improcedencia de la Custodia Compartida en este supuesto.

## **-TRIBUNAL SUPREMO, Sala 1ª Sentencia de 29 de junio de 2012. Ponente Encarnación Roca Trias**

### Antecedentes

*1º D. Carlos Daniel y Dª Leocadia obtuvieron el divorcio en marzo de 2006, por sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 3 de Alcalá de Henares, en un procedimiento por violencia de género.*

*2º El padre había sido condenado por el mismo Juzgado como autor de un delito del art. 153.1 y 2 CP, a la pena de 7 meses y 15 días de prisión y prohibición de comunicar con Dª Leocadia por el tiempo de 19 meses y 15 días.*

*3º Después de la sentencia de divorcio, se han pronunciado diversas sentencias en procedimientos de modificación de medidas instados por el padre y relativos al derecho de visitas.*

*La SAP de Madrid, sección 22, de fecha 7 octubre 2008, acordó mantener las limitaciones a las visitas por las anomalías que presentaba el carácter del padre.*

*4º En fecha 26 enero 2009, D. Carlos Daniel presentó una nueva demanda de modificación de la medida consistente en el régimen de visitas de su hija menor. Con ella aportó un peritaje en el que se constataba la mejoría del demandante y que las visitas que se estaban llevando a cabo resultaban beneficiosas para la niña.*

*Dª Leocadia se opuso, alegando las razones de la oposición a las visitas, porque el riesgo que quedaba constatado en la sentencia de octubre de 2008 no había desaparecido, por lo que no había ningún motivo que justificara el cambio de las medidas adoptadas. Pidió la desestimación de la demanda.*

*5º La sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 5 Alcalá de Henares, de 7 octubre 2009, estimó la demanda del padre. Después de recordar los supuestos en que puede producirse una modificación de las medidas acordadas, dijo que: (a) la prueba había demostrado, "[...]sin ningún género de dudas que el comportamiento del actor goza actualmente de una estabilidad y una corrección contrastadas a lo largo del tiempo"; (b) se había probado la magnífica relación de la niña con el padre y con la familia paterna, y (c) "en interés del vínculo paterno filial, es aconsejable establecer en todo caso un régimen que facilite su desarrollo y beneficie, prevalentemente, al menor lo que en nuestro caso se consigue mediante una intensificación del tiempo que pasa con su padre y con su familia paterna".*

*6º Apeló Dª Leocadia. La SAP de Madrid, sección 22, de 31 marzo 2011, confirmó la sentencia de 1ª instancia. El Tribunal examinó la prueba producida en el actual procedimiento, especialmente la de dos psicólogos, que examinaron la conducta del padre en la actualidad y el informe de desarrollo del régimen de visitas, elaborado por la Asociación de protección del menor en los procesos de separación. En todos los peritajes se ponía de relieve la buena evolución del padre, la buena relación de la niña con su padre y familia paterna y la conveniencia de un avance en el régimen de visitas, porque no se habían detectado problemas.*

*En consecuencia, la Sala de instancia declaró que "valorando la progresiva normalización de aquellos encuentros paternofiliales que sin duda han de beneficiar a la menor", debía confirmarse la sentencia recurrida.*

*Dice la recurrente que es imprescindible que se valore el interés del menor y la posible concurrencia de circunstancias graves para justificar las alteraciones del régimen de visitas. Insiste en que además de concurrir los antecedentes violentos del padre, el cumplimiento del régimen tal como se diseña "supone serios problemas para la Sra. Leocadia, problemas incluso de índole laboral, lo cual puede acabar redundando en perjuicio de la propia menor".*

*El Tribunal Supremo considera que la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés de la menor, que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de visitas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las visitas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodios que puedan perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses, como el manifestado por la madre."*

#### **-TRIBUNAL SUPREMO Sala 1ª. Sentencia de 25 de abril de 2011 .Ponente: Encarnación Roca Trias**

##### **Hechos relevantes**

*D. Franco fue procesado por un delito de exhibicionismo, previsto y penado en los Arts. 185 y 192 CP . La sentencia del Juzgado Penal nº 3 de A Coruña, de 14 marzo 2007 , declaró probado que "en un día no concretado de finales del mes de junio de 2002 el acusado Franco [...], cuando estaba en el domicilio familiar [...] se masturbó en presencia de su hija Noemi, nacida el 13 marzo 2001, a la que había colocado en la cama a su lado vestida solo con el pañal, llegando a eyacular".*

*Condenó al acusado a la pena de 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Esta sentencia fue recurrida y revocada por la de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 2ª, de 19 noviembre 2008 , que, consideró que no se había probado si la niña estaba o no dormida, lo que implicaba que surgieran una serie de dudas sobre si se cumplía o no el tipo del delito. Por ello "es claro que ante esas dudas, la solución no puede más que favorecer al acusado como postura más beneficiosa, ante la falta de la fehaciencia necesaria, propia de esta vía penal, y estimar que la menor estaba dormida, por lo que difícilmente podía ser sujeto pasivo del delito enjuiciado" . Por ello dictó sentencia absolutoria, estimando el recurso de apelación. Esta sentencia se pronunció habiéndose ya interpuesto y admitido el recurso de casación.*

*Dª Francisca presentó demanda de separación contra D. Franco , quien a su vez demandó por la causa a Dª Francisca . En su demanda, Dª Francisca alegó los hechos acaecidos y pidió la privación de la patria potestad, con un derecho de visitas limitado y controlado. D. Franco pidió que se le atribuyera patria potestad. Ambas demandas se acumularon.*

*La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de A Coruña, de 18 abril 2005, estimó parcialmente la demanda. Decretó la separación de los cónyuges y respecto de lo que es objeto del recurso de casación, decidió: a) en relación a la privación de la patria potestad, no accedió a la misma y dijo que "[...] si bien existe un procedimiento penal en curso, no existe*

resolución definitiva que estimen ciertos los hechos denunciados, por lo que no se debe acordar una medida tan drástica como es la privación de la patria potestad"; b) respecto al derecho de visitas, puso de relieve el informe psicosocial que aconsejaba su mantenimiento, aunque de forma restrictiva, hasta que no existiera un pronunciamiento judicial firme; de este modo, acordó un fin de semana mensual, con un horario fijo, en el punto de encuentro de Aranjuez.

La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5, de 31 enero 2007 desestimó el recurso presentado por D<sup>a</sup> Francisca y estimó el de D. Franco, en el sentido de mantener la misma solución de la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia en relación a la privación de la patria potestad. Estableció un amplio régimen de visitas, revocando la sentencia apelada, porque "[...] no se considera justificada tal restricción" y por ello establecía un primer periodo de un año con un régimen de visitas limitado y otro periodo a partir del segundo año, más amplio, con pernocta.

A raíz de la sentencia del Juzgado Penal n<sup>o</sup> 3 de A Coruña, y después de haberse planteado un incidente de ejecución de sentencia por la madre, el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 3 de A Coruña, por auto de 26 abril 2007, acordó la suspensión del régimen de visitas a favor de padre respecto de la hija menor.

D<sup>a</sup> Francisca presenta recurso de casación.

D. Franco presentó el escrito de oposición al recurso

El Ministerio Fiscal pide la revocación de la sentencia y la suspensión del derecho de visitas.

Motivo primero. Interpretación errónea y consecuente inaplicación del Art. 94 CC, fundándose al propio tiempo el recurso en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la siguiente cuestión: si se puede suspender o privar a D. Franco del régimen de visitas y comunicaciones a su hija como consecuencia de encontrarse tramitando unas diligencias penales por presuntos abusos sexuales del padre a la menor.

En relación al primer punto, aun reconociendo el principio de presunción de inocencia, existen razones suficientes para justificar "hasta tanto no recaiga sentencia firme" en el procedimiento penal, la suspensión del régimen de visitas porque puede ocasionar un potencial peligro para la menor de imposible reparación. Y ello porque la razón que debe fundar dicho régimen es el interés del menor.

Motivo segundo. Necesidad de unificar la interpretación de la norma del Art. 94 CC por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. En efecto, en las de Barcelona, sección 12, de 27 febrero 2004, 31 enero 2001 y 8 noviembre 1999; sección 18, de 10 octubre 2000 y Sevilla sección 8<sup>a</sup> de 23 febrero 2005 y 12 noviembre 2003, en las que se opta por conceder al padre el derecho de visitas.

En cambio, las de las Audiencias Provinciales de Cádiz, sección 1<sup>a</sup>, de 23 diciembre 2004; sección 7<sup>a</sup>, de 1 febrero 2001 y sección 8<sup>a</sup>, 13 diciembre 2000; Sevilla, sección 6<sup>a</sup> de 24 julio 2003 y 2<sup>a</sup> de 25 septiembre 2000 y Barcelona sección 12, de 13 septiembre 2005, 16 marzo 2006 y sección 18 de 29 noviembre 1999, resuelven estimando que se han de suspender las visitas. Todas ellas coinciden en la pendencia de diligencias penales seguidas contra el padre de los menores por delitos presuntos de abusos sexuales.

Los dos motivos se van a examinar conjuntamente porque presentan problemas comunes.

*El interés del menor.*

*La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y referente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (Ver STS de 11 febrero 2011 ). Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada.*

*En este caso, el interés de la menor está ya protegido puesto que en el momento de interponerse el recurso de casación, estaba suspendido el régimen de visitas establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 23 enero 2007.*

*Dicho esto, procede no estimar los dos motivos del recurso de casación interpuesto para unificación de doctrina y referidos únicamente a la cuestión de si es procedente suspender el derecho de visitas del padre imputado penalmente, mientras está pendiente la resolución del procedimiento penal.*

*Este tema debería haber sido planteado en el actual procedimiento como prejudicialidad penal y no por medio del recurso de casación para unificación de doctrina. Esto solo llevaría a la desestimación de los motivos del recurso, pero además existen otras razones para su no estimación.*

*1º. El padre recurrido ha aportado la sentencia en la que se le absolvía del delito de exhibicionismo, no de abusos sexuales como afirma la recurrente en su recurso. La absolución determina que el planteamiento del propio recurso haya perdido interés, ya que lo que se pedía a este Tribunal carece de utilidad al haber sido absuelto el padre de la menor del delito que se le había imputado. En la sentencia de 14 de abril de 2011, esta Sala ha dicho que "El recurso de casación, en el motivo previsto en el Art. 477-2,3 LEC tiene como finalidad la creación de jurisprudencia para interpretar las normas de reciente entrada en vigor, sobre las que no existe jurisprudencia; pero ello no permite una interpretación en abstracto, cuando el caso presentado a la consideración de este Tribunal ha dejado de existir, por haber perdido su objeto el recurso [...]".*

*2º. Además, debe tenerse en cuenta que las resoluciones dictadas en los procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando se produzca un cambio de circunstancias, por lo que estos procedimientos están siempre abiertos al cambio de las resoluciones adoptadas y en ellos no rige el principio de justicia rogada, teniendo el juez a su disposición una absoluta libertad de medios probatorios (art. 752 LEC y STS de 28 septiembre 2009). Por ello las decisiones tomadas hasta el momento para la guarda y custodia de la menor hija de la recurrente pueden ser modificadas cuando se demuestre que resulta conveniente al interés de la niña un régimen u otro de visitas y guarda y custodia, puesto que en este punto la única utilidad a tener en cuenta es la del menor y no la de los padres, como ha sido repetidamente puesto de relieve por esta Sala en sentencias recientes (ver SSTs 31 julio y 28 septiembre 2009 , 11 marzo y 1 octubre 2010 y 11 febrero 2011 , entre otras)*

El Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Francisca, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña.

**-TRIBUNAL SUPREMO, Sala 1ª Sentencia 11 de febrero de 2011 .Ponente Encarnación Roca Trias**

*El único motivo del recurso denuncia la inaplicación de lo dispuesto en los Arts. 94 y 160 CC y la doctrina que los interpreta*

*Debe recordarse cuál es la finalidad del derecho de visitas. El Tribunal Constitucional, en la STC 176/2008, de 22 diciembre, señala que "Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos".*

Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, "contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea («Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»).

*De esta cita cabe deducir que las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia en los casos en que el padre y la madre del niño no convivan han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está admitida en el Art. 94 CC cuando después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el juez lo "[...] podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen [...]".*

*La necesidad de proteger el interés del menor en estas situaciones constituye el elemento determinante de la decisión judicial en el art. 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que establece que "1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija".*

*Asimismo, el art. 233-8.3 del Código civil de Cataluña, que establece que "la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor".*

*Uno de los supuestos admitidos para la **suspensión** de las **visitas** del padre se produce cuando existen episodios de **violencia** entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de **visita**. Así el Art. 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dice que "El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera" y el Art. 66 admite que "El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes".*

*En el presente recurso de casación se impugna una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se considera probada la conducta violenta del recurrente. Así, se acredita que la madre se encuentra en unas circunstancias frente al padre que obligaron en su momento a redactar una orden de protección, que no consta a este Tribunal que en este momento haya sido revocada; se abrieron diligencias penales, aunque se sobreseyeron; el recurrente protagonizó unos episodios de violencia ante los propios tribunales que entendían en los trámites del juicio de guarda y custodia de alimentos del hijo menor. Todo ello ha llevado al Tribunal a negar el régimen de visitas, con base a la protección del interés del menor.*

Se desestima el Recurso presentado por el padre

### **-TRIBUNAL SUPREMO, Sala 1 .Sentencia de 10 de febrero de 2012. Ponente Encarnación Roca Trías**

Antecedentes.

La Sentencia dictada por la que la AP de Madrid revoca la privación de la patria potestad al padre otorgando la custodia a los abuelos, fijando un régimen progresivo de visitas a fin de poder otorgar posteriormente la custodia al padre es recurrida en Casación por los abuelos guardadores.

*"La patria potestad está concebida legalmente en beneficio de los hijos y requiere el cumplimiento de los deberes descritos en el Art. 154 CC ( SSTTS de 18 octubre 1996 y 6 julio 1996 ); **b**) las limitaciones al ejercicio de la patria potestad deben estar de acuerdo con el principio de protección del interés del menor; **c**) la privación de la patria potestad ha de reputarse excepcional por su gravedad y "aplicarse únicamente en casos extremos", de modo que "para establecerla no basta la sola constatación de un incumplimiento, aun grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor" ; de los hechos resulta que i no queda acreditado el peligro para la menor; no concurren las circunstancias determinantes de la privación de la patria potestad, que solo debe adoptarse "en circunstancias muy puntuales y desde luego, siempre que ello redunde en interés de la niña, beneficio que aquí en modo alguno se acredita";*

*El informe emitido en 2008 por el perito del equipo técnico no recomienda la privación, teniendo presente el bienestar del menor*

*d) de los hechos resulta que no queda acreditado el peligro para la menor; no concurren las circunstancias determinantes de la privación de la patria potestad, que solo debe adoptarse "en circunstancias muy puntuales y desde luego, siempre que ello redunde en interés de la niña, beneficio que aquí en modo alguno se acredita";*

*y e) "[...] no advertimos qué peligro, perjuicio o perturbación, pueda suponer para Encarnación la privación de su patria potestad al progenitor biológico, y es lo acordado en la instancia un simple castigo sin jurídica retribución para la niña, o una represalia, sin otro fundamento que el previo desapego, pasividad e indiferencia del padre de la que bien ahora parece haber salido".*

*Sin embargo, la sentencia recurrida acuerda mantener la guarda y custodia de quienes de hecho la detentan y cuando la niña haya evolucionado, la guarda deberá ser detentada por D. Carmelo. Para ello se establece un procedimiento progresivo de visitas, intervenido por profesionales y se ordena la cesación de la manipulación de la niña por sus familiares guardadores.*

*Los abuelos interponen recurso de casación, figura el escrito de oposición del padre y el escrito del Ministerio Fiscal, que interesa la estimación del recurso.*

La Sala desestima el Recurso interpuesto por los abuelos custodios.

### **TRIBUNAL SUPREMO, Sala 1ª Sentencia de 2 -10- 2003. Ponente Ignacio Sierra**

Priva de la Patria Potestad al padre que asesinó a la madre ya que repugnaría moral y legalmente mantenerlo en la titularidad de unas funciones respecto a las que se ha demostrado indigno, ya que ha privado al hijo de la figura materna.

## EN CONCLUSIÓN

-La legislación española, a diferencia de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno regula separadamente la patria potestad y la guarda y custodia.

-Durante la convivencia del padre y de la madre la patria potestad se ejerce conjuntamente y son validos los actos que realice cualquiera de ellos.

-En caso de desacuerdo, incapacidad o ausencia del padre o de la madre el o la Juez puede atribuir al otro o a terceras personas físicas o jurídicas su ejercicio por tiempo determinado

- La privación de la patria potestad no exime al padre o la madre del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la misma.

- Por ello, si se establece la filiación de un o una menor con oposición del padre, este no ostentará la patria potestad, lo que no le libera de sus obligaciones alimentarias.

-No procede la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral 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

-El Tribunal Supremo, al recoger en sus sentencias las causas para acordar o no la custodia compartida no hace mención a la Violencia de Género, ello a pesar del tenor literal del art 92,7 del Código Civil

-En caso de peligro o para evitar un perjuicio al o a la menor, el o la Juez puede adoptar medidas cautelares, entre las que se encuentra la privación de la patria potestad al padre o a la madre.

-El Juez podrá limitar o suspender el régimen de visitas si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

-En los procesos de familia es práctica generalizada que, en virtud de lo dispuesto en este artículo, la patria potestad no la ejerza exclusivamente el progenitor custodio, sino que *“el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor “y en base a la discrecionalidad que la ley le confiere, “en interés del hijo “atribuya “al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuya entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”*

- En los procedimientos de familia (separación, divorcio, nulidad o sobre relaciones paterno filiales) también podrá privarse al padre o a la madre del ejercicio de las funciones de la patria potestad.

-El ejercicio de la patria potestad puede ser restablecido si cesan las causas que motivaron su pérdida.

- El interés prevalente del o la menor, “bonum filii “, es el argumento recurrente que recogen la mayoría de las sentencias para fundamentar las medidas que se adoptan en caso, y que afectan a los /as menores.
- Como hemos visto, salvo supuestos tasados, en los que el mandato de la ley obliga, el o la Juez decide discrecionalmente sobre la privación, limitaciones relativas a la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen de visitas, y la independencia del Poder Judicial refuerza su discrecionalidad.
- Son escasísimos los casos en los que se priva a un progenitor del ejercicio de la patria potestad o se restringen el derecho de visitas, exponiendo a los y las menores a un peligro del que el ordenamiento jurídico pretende protegerles.
- El Ministerio Fiscal carece frecuentemente de actividad impulsora de medidas de protección
- Creemos que, dada la estructura jerarquizada del MF, son imprescindibles Instrucciones dictadas por la fiscalía General del Estado en las que se les ordene el estricto cumplimiento de sus funciones de protección a las/os menores, examinando en profundidad las situaciones de riesgo.
- En este caso, es imprescindible voluntad política para hacer cumplir la Ley, ya que la efectividad de la misma no se produce si no es a través de su correcta aplicación.