

La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar¹

Soledad Ruiz de la Cuesta Fernández

Profesora de Derecho Procesal

Universidad de Alicante

Sumario: I. Evolución legislativa y aplicación judicial de las normas sobre custodia compartida. II. Violencia intrafamiliar y custodia compartida: 1. Supuestos incluidos: a) Progenitor incurso en proceso penal por violencia intrafamiliar; b) Indicios fundados de violencia doméstica. 2. Revisión del régimen de custodia tras la resolución penal con efectos absolutorios. 3. Una propuesta: la suspensión del procedimiento de familia. 4. Naturaleza de la norma y ámbito de aplicación.

Resumen: Tanto el Código Civil como determinadas normas autonómicas reguladoras de las relaciones de familia en situaciones de crisis incorporan la previsión de que, ante la incoación de procedimiento penal por actos de violencia intrafamiliar o indicios racionales de la misma apreciados por el juez, no se conceda la custodia, ni individual ni compartida, al progenitor sobre el que pesen imputación o evidencias de haber cometido tales actos. La interpretación y aplicación judicial de los preceptos que regulan esta prohibición de atribución de custodia presenta numerosos interrogantes de los que intenta darse cuenta en este trabajo y a los que se intenta ofrecer soluciones respetuosas con el principio del mejor interés de los hijos, en ponderación con la necesaria prevención de la violencia doméstica y de género y con los derechos parentales.

Palabras clave: custodia compartida, violencia doméstica, violencia de género, proceso penal.

I. Evolución legislativa y aplicación judicial de las normas sobre custodia compartida.

Hasta la modificación del Art. 92 CC llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, los textos legales reguladores de las relaciones familiares en situaciones de crisis no contemplaban, ni a nivel estatal ni en el autonómico, la posibilidad de que la custodia de los hijos fuera atribuida de forma conjunta a ambos progenitores. En este contexto, eran

¹ Estudio publicado en PRÁCTICA DE TRIBUNALES (REVISTA ESPECIALIZADA EN DERECHO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL), Núm. 100, Año 10, enero 2013, La Ley (Madrid), pp. 100 a 112.

residuales las peticiones de custodia compartida, sobre todo en procesos contenciosos. Una adecuada ilustración de la evolución de la figura y la postura de los órganos jurisdiccionales al respecto se puede encontrar en una sentencia emitida por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Castellón²:

“La figura de la custodia compartida, que no venía expresamente reconocida en el Código Civil, ha sido motivo de controversia en las resoluciones de los tribunales, existiendo posturas dispares en los Juzgados y en las distintas Audiencias Provinciales, aunque el criterio mayoritario la contemplaba con cierto recelo. Basta como muestra la SAP Valencia, Sección 10º, Núm. 81/2003, de 13 de febrero de 2003³, que manifestó que *“es criterio de esta Sala salvo supuestos puntuales que pudieran presentarse, que pudiesen aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guardia y custodia compartida de los hijos”*, criterio coincidente con el de la generalidad de las otras Audiencias Provinciales, cabiendo citar a título de ejemplo, la Sentencia de la A.P. de Madrid de 31 de octubre de 1995, que considera: *“Se plantea por la parte recurrente una solución de guarda compartida, medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional; tanto es así que el propio legislador sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el artículo 92 del Código Civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el Juez acerca de cual de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando a los hijos puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos se vea privado del conocimiento de aquellos, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que la de aquel que las tenga en su compañía. Mas la guarda y custodia no tiene su contenido en la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelva en un quehacer más cotidiano, doméstico, que sin lugar a dudas también contribuiría a la formación integral del hijo y que difícilmente podrían compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo, entonces más correctamente denominarla en este supuesto, custodia*

² Procedimiento de Divorcio Contencioso 001359/2004.

³ LA LEY 31716/2003

periódicamente alternativa”. Este mismo Juzgado ha venido manteniendo una postura algo reacia a la adopción de la custodia compartida, aunque sin excluirla totalmente. Así ninguna objeción se viene poniendo a esta solución en casos de separaciones de mutuo acuerdo en que las partes libremente pactan este régimen, al considerar que nadie mejor que los propios padres para determinar lo que es mejor para sus hijos, como únicos conocedores de las auténticas circunstancias que rodean a la familia. Por el contrario, en supuestos de procesos contenciosos, la custodia compartida se venía aceptando con muchas más reservas, pues cuando existe una pésima relación entre los progenitores el cambio constante de domicilio de los hijos en un ambiente de hostilidad mal disimulada entre sus padres no se considera como un factor de estabilización de los menores, sino todo lo contrario.”

La primera regulación de la custodia compartida se lleva a cabo, como se dijo, en el Art. 92 CC, a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que lo modifica y da entrada a la custodia compartida tanto en supuestos de mutuo acuerdo (Art. 92.5), como en los casos contenciosos (Art. 92.8), si bien, en este último supuesto, se prevé que la atribución de la guarda conjunta se producirá “excepcionalmente” y sólo cuando exista petición de una de las partes e informe favorable del Ministerio Fiscal, previsión esta última cuya inconstitucionalidad ha sido declarada recientemente⁴. A la tramitación parlamentaria del precepto se refiere la antes citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Castellón⁵, en los siguientes términos:

“Precisamente, la redacción de la previsión legal de la custodia compartida en los procedimientos no consensuados fue uno de los aspectos que más vicisitudes sufrió a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley. En primer término el Congreso de los Diputados remitió al Senado el texto antes transcrito, pero una enmienda en la Cámara Alta, mejorando el texto anterior, le dio una nueva redacción (*“excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el Juez, podrá acordar la guarda y custodia compartida ejercida de forma alterna, fundamentándola en la preservación del supremo interés del menor, conforme a los siguientes criterios: que se solicita a instancia de una de las partes, siempre que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva; que se emita informe preceptivo del Ministerio Fiscal; que en todo caso se asegure que, por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozará de*

⁴ STC de 17 de octubre de 2012, Recurso Núm. 8912/2006, LA LEY 153054/2012.

⁵ Procedimiento de Divorcio contencioso 001359/2004.

la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales”). Sin embargo, cuando la Ley volvió al congreso para su votación final conforme a los cambios introducidos en el Senado, no se llegó a aprobar la enmienda que afectaba al artículo 92.8, quedando finalmente aprobado el texto tal cual fue inicialmente redactado por el Congreso antes de pasar al Senado.”

Posteriormente a la modificación del Código Civil que da entrada a la custodia compartida en el ordenamiento jurídico estatal, determinadas Comunidades Autónomas han ido aprobando sus propias normas reguladoras de las relaciones familiares o modificándolas al objeto de incorporar previsiones en torno a la figura de la custodia compartida. Así, la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (Art. 6), la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (Art. 233-10 y 11), la Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (Art. 3), y, por último, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Art. 5).

En las normas autonómicas citadas se entiende que procederá la guarda conjunta cuando exista acuerdo de los padres, si bien se deja a salvo la posibilidad de que el órgano jurisdiccional considere inidónea la medida y más adecuada para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores. En el caso de que no exista acuerdo de las partes acerca de la modalidad de custodia compartida, pero uno de los progenitores la haya solicitado, los textos legales de Aragón, Cataluña y Valencia establecen, pese a ello, una preferencia por la custodia compartida y proporcionan al órgano jurisdiccional un listado abierto de circunstancias que deben valorarse a la hora de tomar la decisión. La norma navarra, sin embargo, no prioriza la modalidad de custodia compartida en defecto de acuerdo de las partes y encomienda al juez la toma de la decisión sobre la base de la valoración de una serie de circunstancias.

Por su parte, el Art. 92 del Código Civil también acoge la preferencia por la custodia compartida en los casos en los que existe acuerdo de los progenitores, sin excluir el control de idoneidad de la misma por parte del órgano jurisdiccional. Ahora bien, cuando no exista acuerdo de las partes la norma estatal establece que se podrá acordar la guarda y

custodia compartida “excepcionalmente” y “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor” (Art. 92.8).

Respecto del alcance que debe darse a la **expresión “excepcionalmente”**, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, indicaba que sin acuerdo previo de los progenitores, sea en convenio o en el transcurso del procedimiento, la instauración de la custodia compartida debe considerarse excepcional “como expresamente declara el apartado 8º del Art. 92 CC”. En el mismo sentido es posible encontrar resoluciones judiciales en las que se argumenta que “la figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional”⁶, o que “es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio de la guarda y custodia compartida de los hijos”⁷. Resoluciones dictadas, se insiste, aplicando el Art. 92.7 CC en su redacción tras la Ley 15/2005.

Sin embargo, el Tribunal Supremo establece con claridad que “(...) al contrario, debería considerarse la más normal, 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”⁸, e interpreta la expresión “excepcionalmente” en el siguiente sentido:

“La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los

⁶ SAP de Alicante, Sección 6ª, de 10 de enero de 2010.

⁷ SAP de Valencia, Sección 10ª, Núm. 14/2007, de 15 de enero, LA LEY 78229/2007.

⁸ STS Núm. 323/2012, de 25 de mayo, LA LEY 72578/2012.

cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla".⁹

Por lo demás, salvo el valenciano y el catalán, los textos legales vinculan la decisión de guarda y custodia compartida a la necesaria petición de, al menos, uno de los progenitores, por lo que **no puede ser acordada de oficio**, según avala recientemente el Tribunal Supremo:

“El código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. Existen otras soluciones, como la contemplada en el Art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones familiares de los hijos y las hijas cuando los progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código Civil”.¹⁰

En mi opinión, la naturaleza especial no dispositiva de los procesos de familia permite que la decisión sobre la modalidad de guarda conjunta la pueda adoptar el juez sin petición de parte, puesto que, si la valoración de las circunstancias del caso así lo aconseja, el principio del mejor interés de los hijos justifica sobradamente una actuación de oficio. Cuestión distinta es que, de hecho, los jueces no opten por esta modalidad de guarda cuando ni siquiera uno de los padres lo solicita, pues se entiende implícito un nivel de conflicto elevado entre ellos cuando ninguno se muestra interesado en compartir el ejercicio de la custodia. Como cuestión de derecho, como decía, no entiendo que haya impedimento para decir de oficio la guarda conjunta. Es más, las previsiones autonómicas que lo permiten no son, en este sentido, normas constitutivas, sino meramente declarativas de una actuación judicial plenamente coherente con la naturaleza de estos procesos y los principios que los rigen cuando hay hijos menores.

Por otro lado, respecto a los **criterios que deben valorarse** y sobre los que debe fundamentarse una decisión acerca de la modalidad de custodia judicialmente decidida, las normas autonómicas proporcionan al órgano jurisdiccional un listado abierto de circunstancias que deben ser valoradas, con el principio del mejor interés del menor como guía de aplicación. Así, se hace referencia a la edad de los hijos, las posibilidades de cada progenitor para conciliar familia y trabajo, la aptitud y voluntad de los progenitores para

⁹ STS Núm. 579/2011, de 22 de julio, LA LEY 119736/200; igualmente, Vid. SSTS Núm. 323/2012, de 25 de mayo, LA LEY 72578/2012; 496/2011, de 7 de julio, LA LEY 111554/2011; Rc. 681/2007, de 1 de octubre de 2010, LA LEY 165754/2010.

¹⁰ STS Núm. 229/2012, de 19 de abril, LA LEY 56724/2012.

asegurar la estabilidad de los hijos, su arraigo social y familiar, o la opinión de los hijos con suficiente juicio. La norma navarra, por su parte, incluye también como criterio de referencia la relación existente entre los progenitores. Todas las regulaciones concluyen con una cláusula abierta referente a “cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”, o similar.

El Código Civil, sin embargo, no proporciona al órgano jurisdiccional un listado de criterios a valorar de cara a la decisión sobre la modalidad de custodia, aunque sí incluye expresamente, por un lado, la necesidad de escuchar al menor con suficiente juicio “cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor” -por lo que se entiende que su opinión será uno de los elementos a tener en cuenta- y, por otro, establece que se valorará también “la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”. El Tribunal Supremo, ante la falta de otros criterios legales, ha hecho referencia a las circunstancias que deben tenerse en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en los que existe discrepancia entre los progenitores, lo que no impide, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta:

“(…) 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”¹¹.

Concretando, brevemente, la aplicación judicial de alguno de los criterios mencionados cabe destacar que la jurisprudencia rechaza utilizar como único argumento para no conceder la custodia compartida el de la **“deslocalización” de los hijos**, “por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que

¹¹ SSTS Núm. 623/2009, de 8 de octubre, LA LEY 192180/2009 y Núm. 961/2011, de 10 de enero, LA LEY 7717/2012.

decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos”¹². Si bien, lógicamente, la distancia excesiva entre los domicilios de los progenitores puede valorarse negativamente y justificar la denegación de la custodia compartida en determinadas circunstancias. Como ejemplos, cuando el domicilio de la madre, con quien venían conviviendo los hijos, se encuentra en Toledo y el del padre el Salamanca¹³, o porque al no tener los progenitores su domicilio en la misma población “los cambios de progenitor custodio comportarían cambio de domicilio de los menores de una a otra población y cambios de colegio, que harían inviable una guarda exclusiva por periodos alternos como propone el actor”¹⁴.

La circunstancia relativa a la **relación que entre sí mantengan los progenitores** también presenta problemas de interpretación y valoración judiciales, si bien la jurisprudencia rechaza que un cierto nivel de conflictividad pueda servir como único argumento para denegar la modalidad de guarda conjunta, puesto que “las relaciones entre los cónyuges, por sí solas, no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierte en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”¹⁵. Así, el Tribunal Supremo avala la decisión tomada en primera instancia y confirmada en apelación por la que se concede la custodia a la madre a partir de una valoración probatoria que permite concluir que las desavenencias entre los progenitores afecta a los hijos, en un supuesto en el que los padres mantenían una relación ante los menores a base de notas escritas¹⁶.

Respecto del valor que debe concederse a los **informes técnicos** que puedan aportarse al proceso y que el propio Juez puede pedir de acuerdo con lo previsto en el Art. 92.9 CC, el Tribunal Supremo recuerda que no tienen carácter vinculante, de modo que, si figuran en las actuaciones, deberá valorarlos para formarse una opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte una u otra forma de custodia, sin quedar vinculado por lo que prescriban¹⁷. Lo cierto es que no resulta frecuente encontrar resoluciones judiciales que se aparten de las recomendaciones emitidas por los profesionales en estos informes, lo que

¹² SSTS Núm. 496/2011, de 7 de julio, LA LEY 111554/2011; Núm. 94/2010, de 11 de marzo, LA LEY 5294/2010.

¹³ SAP de Toledo, Sección 2ª, Núm. 22/2008, de 29 de enero, LA LEY 86028/2008.

¹⁴ STS Núm. 795/2011, de 18 de noviembre, LA LEY 241446/2011.

¹⁵ STS Núm. 579/2011, de 22 de julio, LA LEY 119736/2011; Núm. 154/2012, de 9 de marzo, LA LEY 31826/2012.

¹⁶ STS Núm. 579/2011, de 22 de julio, LA LEY 119736/2011.

¹⁷ STS Núm. 252/2011, de 7 de abril, LA LEY 14425/2011.

no deja de presentar graves inconvenientes si se tiene en cuenta la imposibilidad de validar empíricamente las conclusiones que en ellos se alcanzan¹⁸.

La decisión acerca de cuál sea la modalidad de custodia más beneficiosa para los hijos, incluida, pues, la de la guarda compartida, debe tomarse caso por caso, a partir de la **valoración individualizada de las circunstancias** y teniendo en cuenta los criterios descritos. Por ello, intentar la casación en unificación de doctrina alegando resoluciones dispares resulta poco eficaz, como ya ha señalado el Tribunal Supremo, habida cuenta de la diversidad de circunstancias que deben ponderarse individualmente y de las diferentes decisiones que pueden emitirse ante situaciones aparentemente similares. La alegación de que en la valoración de las circunstancias concretas se ha vulnerado el principio del mejor interés del menor es la única que habilita al órgano de casación a realizar una revisión de la resolución recurrida¹⁹.

II. Violencia intrafamiliar y custodia compartida.

Tanto el Código Civil (Art. 92.7), como la normativa autonómica²⁰, con diferentes formulaciones, prohíben la atribución de la custodia compartida cuando el progenitor se encuentre incurso en un proceso penal por hechos relacionados con la violencia doméstica o de género, y también, como supuesto distinto, cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes o de la prueba practicada, indicios fundados de esa clase de violencia.

Las normas autonómicas especifican que no caben, en esos casos, ni la guarda conjunta ni la atribución de la custodia en exclusiva al progenitor en el que se den aquellas circunstancias, pero la redacción del Art. 92.7 CC se limita a indicar que en tales supuestos “no procederá la guarda conjunta”. Obviamente, como se indica en la Circular

¹⁸ Como noticia de actualidad, la Defensora del Pueblo, a partir de las denuncias y quejas recibidas, ha abierto una investigación en relación con los informes emitidos por los Equipos Técnicos de los Juzgados de Familia de Valencia, investigación que ha ampliado al resto de las Comunidades Autónomas.

¹⁹SSTS Núm. 961/2011, de 10 de enero, LA LEY 7717/2012, y Núm. 154/2012, de 9 de marzo, LA LEY 31826/2012.

²⁰ Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en el art. 66; Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en el art. 233-11 apartado 3; Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres establece en el artículo 3.8; Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, art. 5-6))

FGE 6/2011, de 2 noviembre, “aunque el CC haga referencia sólo a la custodia compartida, tampoco procederá otorgar la guarda y custodia individual al encausado”.

Los preceptos que establecen esta prohibición de atribuir custodia en las condiciones descritas presentan no pocos problemas de interpretación y aplicación judiciales. Las normas autonómicas son más precisas a la hora de llevar a cabo la regulación, como se verá, pero el Art. 92.7 CC presenta vaguedades que dificultan enormemente su adecuada aplicación. Con este estudio se pretenden identificar los aspectos problemáticos del precepto estatal e integrar las posibles soluciones teniendo en cuenta las diferentes respuestas judiciales y con la regulación autonómica, más detallada, como criterio de interpretación.

1. Supuestos previstos.

Son dos los supuestos en los que, tanto la normativa autonómica como la estatal, impiden la concesión de custodia conjunta o individual. El primero de ellos atiende a la circunstancia de que uno de los progenitores se encuentre incurso en un proceso penal relacionado con situaciones de violencia intrafamiliar. El segundo se refiere a la situación en la que el juez que está conociendo del proceso de familia aprecia indicios fundados de esa clase de violencia.

a) Progenitor incurso en proceso penal por violencia intrafamiliar.

El Art. 92.7 CC señala que no procederá la guarda conjunta cuando “cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal 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”. Dentro de este supuesto pueden distinguirse diversas situaciones procesales y, en consecuencia, variará el órgano jurisdiccional que finalmente tome la decisión sobre las relaciones paterno-filiales.

En primer lugar, es posible que el órgano jurisdiccional que deba pronunciarse sobre las pretensiones civiles pertenezca al orden penal, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 87 ter 3 de la LOPJ en los supuestos en los que los hechos sean constitutivos de violencia de género. En este caso, el proceso penal relativo a las actuaciones de violencia será previo

al proceso civil de familia y en aplicación de las normas de competencia se habrá presentado ante el juez de violencia sobre la mujer la demanda civil.

La otra situación posible es aquella en la que el juez que está conociendo del proceso civil de familia pertenezca al orden civil y, durante la tramitación del proceso de familia, se inicie proceso penal por hechos relacionados con la violencia intrafamiliar, o, iniciando anteriormente, se tenga conocimiento posterior de su existencia. En estos casos, se debe distinguir el modo de actuar en función del tipo de violencia.

Si los hechos constituyen violencia de género, procederá la inhibición prevista en el Art. 49 bis LEC. Si es el juez civil el que adquiere conocimiento de la coexistencia del proceso penal, actuará conforme a lo previsto en el número 1 del Art. 49 bis LEC y se inhibirá a favor del juzgado que esté tramitando el proceso penal, siempre que el proceso civil no hubiera alcanzado la fase de juicio oral. Si fuera, en cambio, el juzgado de violencia sobre la mujer el que conociera de la existencia del proceso civil, deberá requerir de inhibición al juzgado civil de acuerdo con lo previsto en el número 3 del Art. 49 bis LEC.

Sin embargo, si el proceso penal iniciado se refiere a hechos que constituyen otro tipo de violencia intrafamiliar, no de género, el juez civil que esté conociendo del proceso de familia continuará con el procedimiento y dictará sentencia teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 92.7 CC.

Sea cual fuere el órgano jurisdiccional que finalmente resuelva sobre las pretensiones de guarda y custodia de los hijos, tanto en supuestos de violencia de género, cuanto en los supuestos de otro tipo de violencia intrafamiliar, son varios los aspectos de dudosa interpretación que plantea el Art. 92.7 CC.

En primer lugar, respecto de la **tipología penal a la que se refiere el precepto**, entiendo que entran en su ámbito de aplicación, dentro del Libro II del Código Penal, el homicidio (Título I), las lesiones (Título II), los delitos contra la libertad del título VI (detenciones ilegales y secuestros de los Arts. 163 a 168), las amenazas (Arts. 169 a 171); las coacciones (Art. 172); las torturas y delitos contra la integridad moral (título VII, Arts. 173 a 177); los delitos del Título VIII contra la libertad e indemnidad sexuales (agresiones sexuales de los Arts. 178 a 180; los abusos de los Arts. 181, 182; 183 y 183

bis para menores de treces años; el acoso del Art. 184; exhibicionismo y provocación de los Arts. 185 y 186; prostitución y corrupción de menores de los Arts. 187 a 190.

Sin embargo, sorprendentemente, el Tribunal Supremo ha entendido que el delito de amenazas contra el otro cónyuge por el que fue condenado el recurrente no es de los previstos por el Art. 92.7 CC. Pese a ello, procedió a confirmar la sentencia recurrida, que denegaba la custodia compartida, sobre la base de que la actuación penal sí podía ser considerada “un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta”²¹. Como ejemplos de resoluciones en las que se considera el delito de amenazas incluido en la tipología a la que se refiere el Art. 92.7 CC, pueden consultarse la SAP de Castellón, Sección 2ª, Núm. 154/2006, de 23 de octubre, y la SJVM, Núm.1 de Barcelona, de 31 de octubre²².

Por lo que se refiere a las faltas de los Arts. 617 y 620 CP, ampliamente se consideran incluidas en el ámbito objetivo de aplicación del CC y de las normas autonómicas²³, si bien alguna resolución judicial ha rechazado que un juicio de faltas active la prohibición de atribución de custodia²⁴. En este caso, sin embargo, se descartó la relevancia del juicio de faltas a efectos de denegación de custodia sobre la base de la exigencia de determinadas normas autonómicas, que obligan a que exista de una resolución judicial motivada “en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad” para poder aplicar la prohibición. Dicha resolución es distinta a una sentencia de condena y puede identificarse con diversos autos dictados por el órgano jurisdiccional penal que, en todo caso, no se darán en un juicio de faltas.

Ello enlaza directamente con **la interpretación de la expresión “incurso en un proceso penal”** empleada por el Art. 92. 7 CC, que nada más añade en torno a esta exigencia. En cambio, como se decía, la regulación sí es más detallada en la normativa autonómica. Las leyes de Valencia, Navarra y Aragón exigen que se haya dictado en el procedimiento penal una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y en Cataluña, más restrictivamente, se exige que

²¹ STS Núm. 252/2011, de 7 de abril, LA LEY 14425/2011.

²² LA LEY 329927/2007.

²³ Falta de injuria y vejación injusta del Art. 620.2 CP: SAP de Zaragoza, Sección 2ª, Núm. 242/2011, de 3 de mayo, LA LEY 118986/2011; falta de lesiones: SAP de Barcelona, Sección 12ª, Núm. 526/2008, de 18 de julio, LA LEY 135077/2008; falta de coacciones: SAP de Las Palmas, Sección 2ª, Núm. 529/2007, de 27 de noviembre, LA LEY 278061/2007; falta de vejaciones: STSJ de Aragón, Sección 1ª, Sala de lo Civil y lo Penal, Núm. 5/2012, de 8 de febrero, LA LEY 17247/2012.

²⁴ SAP de Zaragoza, Sección 2ª, Núm. 242/2011, de 3 de mayo, LA LEY 118986/2011.

haya recaído sentencia firme de condena. Por su parte, en la ley navarra se especifica, además, que “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 éste la guarda y custodia de los hijos”²⁵.

La Fiscalía General del Estado, en torno a la aplicación del Art. 92. 7 CC, entiende, en el mismo sentido, que no basta la existencia de mera denuncia y exige que en el procedimiento penal que active la aplicación del Art. 92.7 CC se hayan objetivado indicios de criminalidad²⁶, lo que debe interpretarse en el mismo sentido en el que se pronuncian las normas autonómicas que exigen, por lo menos, una resolución judicial motivada en la que consten indicios fundados y racionales de criminalidad.

En mi opinión, tal resolución puede identificarse con todo auto que conlleve esa valoración (orden de protección, de prisión provisional, de transformación del procedimiento abreviado, y similares, de procesamiento, etc...) y me parece dudoso que se pueda atribuir el mismo valor a los actos informales de imputación, si bien es cierto que nuestra doctrina judicial se muestra, en general, poco formalista en este aspecto y parece bastar la existencia de proceso penal, al margen del estado en que se encuentre, para invocar la aplicación del Art. 92.7 CC²⁷. En todo caso, no son infrecuentes las fórmulas en las que la denegación de la guarda conjunta se justifica alegando que, al margen de si procede aplicar o no el Art. 92.7 CC, la litigiosidad existente entre las partes y sus malas relaciones, evidentes a partir de la existencia de un proceso penal, hacen imposible la atribución de esa modalidad de custodia²⁸.

b) Indicios fundados de violencia doméstica.

El Art. 92.7 CC prevé también, como supuesto distinto al anterior, aquél en el que no existe proceso penal en curso pero el órgano jurisdiccional advierte, durante la

²⁵ Art. 3.8 La Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

²⁶ Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer, LA LEY 1772/2011.

²⁷ SAP de Vizcaya, Sección 4ª, Núm. 666/2010, LA LEY 207387/2010; SAP de Castellón, Sección 2ª, Núm. 10/2008, de 25 de enero, LA LEY 39760/2008; SAP de Barcelona, Sección 12ª, Núm. 492/2011, de 21 de septiembre, LA LEY 195343/2011.

²⁸ SAP de Girona, Sección 2ª, Núm. 35/2008, de 30 de enero (LA LEY 22813/2008); SAP de Toledo, Sección 2ª, Núm. 22/2008, de 29 de enero (LA LEY 86028/2008).

tramitación del proceso de familia y a partir de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada, la existencia de indicios fundados de violencia intrafamiliar. La misma previsión, como se dijo, se contempla igualmente en las normas autonómicas. En todo caso, la referencia del Art. 92.7 CC a la “violencia doméstica” incluye también la violencia de género²⁹.

En este supuesto, la regulación se dirige al juez civil que está conociendo del proceso de familia, y su actuación debe desarrollarse de una determinada manera si se pretende la aplicación de lo previsto en el Art. 92.7 CC, por lo que no cabe denegar la custodia compartida o individual por aplicación del precepto si no se han verificado las actuaciones procesales que a continuación se detallan. La actuación será distinta si los indicios apreciados lo son de violencia de género o de otra clase de violencia intrafamiliar.

Si durante la tramitación del procedimiento advierte indicios de violencia de género deberá actuar según establece el Art. 49 bis 2 LEC:

“(…) tras verificar que concurren los requisitos del Art. 87 ter 3 LOPJ, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente”.

La inhibición, en su caso, se producirá sólo si el procedimiento de familia no ha alcanzado la fase de juicio oral, y si se ha llegado a ella continuará el juez civil con el conocimiento del asunto y aplicará el Art. 92.7 CC a la hora de decidir sobre la modalidad de custodia. Desde luego, si a la comparecencia prevista no le siguen actuaciones penales el juez de familia no podrá aplicar en ningún caso el Art. 92.7 CC y deberá decidir sin que los supuestos indicios de violencia de género que dijo advertir

²⁹ Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer, LA LEY 1772/2011.

puedan ser tomados en cuenta para fundamentar su fallo, al menos en un sentido estricto, quiero decir que, en casos así, no será extraño que se acuda a la socorrida fórmula del alto nivel de conflictividad entre los progenitores o a la valorar negativamente la relación existente entre ellos como argumentos para denegar la modalidad de custodia compartida³⁰. Por otro lado, en la SAP de Toledo, Sección 2ª, Núm. 22/2008, de 29 de enero, ni si quiera se considera necesario el desarrollo procesal descrito, y se entiende indicio suficiente y modo de proceder adecuado para activar la prohibición del Art. 92.7 CC la existencia de un informe del Centro de Violencia sobre la Mujer³¹.

Si los indicios que se advierten durante la tramitación del procedimiento civil son de un tipo de violencia intrafamiliar distinta a la de género, el juez civil continuará con la tramitación del procedimiento y deberá deducir testimonio que remitirá al juzgado de instrucción que corresponda para que se incoe el correspondiente proceso penal. En este caso, si el procedimiento penal no se abre finalmente, no puede aplicarse en el de familia el Art. 92.7 CC.

En ambos supuestos, sin embargo, entiendo que deben aplicarse las mismas cautelas que se piden para el supuesto en el que el progenitor está incurso en un proceso penal al tiempo de tramitarse el de familia. Es decir, que para el caso de que los indicios advertidos por el juez den lugar a la incoación de procedimiento penal deberá fundamentarse la aplicación del Art. 92.7 CC en la existencia de una resolución judicial motivada que constate indicios fundados y racionales de violencia intrafamiliar, sin que la mera denuncia sea suficiente para activar su aplicación.

2. Revisión del régimen de custodia tras resolución con efectos absolutorios en el procedimiento penal.

Las Leyes de Navarra (Art. 3.8) y Valencia (Art. 5-6) prevén que las medidas adoptadas acerca de la custodia de los hijos serán revisables en función de la resolución judicial que ponga fin al proceso penal sobre violencia intrafamiliar, revisión que la FGE entiende

³⁰ Como ejemplos de resoluciones en las que se opera de este modo, pueden consultarse la STS Núm. 252/2011, de 7 de abril, LA LEY 14425/2011; SAP de Girona, Sección 2ª, Núm. 35/2008, de 30 de enero, LA LEY 22813/2008; SAP de Toledo, Sección 2ª, Núm. 22/2008, de 29 de enero, LA LEY 86028/2008.

³¹ LA LEY 86028/2008.

importable al ámbito del Art. 92.7 CC, cuando recaiga sentencia absolutoria, o resolución de sobreseimiento libre o provisional³².

Por su parte, la norma navarra indica que la revisión de la modalidad de custodia se producirá a partir de la “sentencia firme” que recaiga en la jurisdicción penal y, aunque no lo señala expresamente, es lógico entender que habrá de ser absolutoria o con efectos absolutorios. Sí lo indica así la ley valenciana, que matiza, además, que la revisión podrá realizarse de oficio o a petición de parte, sin que esta norma exija, por el contrario, que la resolución deba ser firme.

Entiendo que con la exigencia de que la resolución penal sea firme se pretende dotar de cierta estabilidad al régimen de custodia asignado, con el fin de evitar situaciones en las que la revocación de la sentencia en vía de recursos vuelva a alterar el modo de vida de los hijos. En mi opinión, sin embargo, la interposición de recurso frente a la resolución penal absolutoria, o con efectos absolutorios, no debería impedir la revisión de la modalidad de custodia. Si en el procedimiento de familia el progenitor perdió la posibilidad de ejercer la custodia de sus hijos por encontrarse incurso en un proceso penal por violencia intrafamiliar, cuando, sin embargo, el resto de las circunstancias valoradas permitían concluir que la guarda conjunta era una opción óptima, no parece que deba postergarse su derecho una vez que ha resultado absuelto del proceso penal, aunque la resolución absolutoria esté pendiente de recurso. Si el resto de las circunstancias, en cambio, no permitían concluir que la custodia compartida fuera la mejor modalidad y aquellas no han variado pese a la absolución penal, la solicitud de revisión de las medidas civiles no prosperará, y ello al margen del estado de firmeza o no de la resolución penal. En este sentido, la exigencia de firmeza de la resolución absolutoria penal se convierte en un obstáculo inadmisibles para el ejercicio legítimo de los derechos parentales del progenitor absuelto.

3. Una propuesta: la suspensión del procedimiento de familia.

Como se ha visto, las actuaciones del juez civil en los dos supuestos previstos en el Art. 92.7 CC pueden reconducirse a las siguientes: a) en supuestos de violencia de género: inhibición a favor del JVM si no se llegó a juicio oral en el procedimiento de familia, o

³² Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer, LA LEY 1772/2011.

continuación del procedimiento y aplicación del Art. 92.7 CC si se llegó a juicio oral y es imposible la inhibición; b) en supuestos de otro tipo de violencia: continuación del procedimiento, deducción de testimonio si no hay proceso penal previo y se advierten indicios de violencia, y, con proceso penal incoado, aplicación en todo caso de lo previsto en el Art. 92.7 CC.

De este modo, cuando no hay inhibición a favor del JVM porque no concurren los presupuestos del Art. 49 bis LEC, o cuando ésta no cabe porque se trata de supuestos de violencia intrafamiliar distinta a la de género, el juez civil continuará con la tramitación del procedimiento de familia y, siempre que se den los presupuestos descritos, deberá aplicar el Art. 92.7 CC y denegar la custodia al progenitor imputado. Ello será así al margen de cuál sea finalmente el resultado del proceso penal. Si éste finaliza con resolución de efectos absolutorios permitirá la revisión del régimen de custodia, sin que resulte pacífico, ni expresamente regulado, si tal revisión sólo cabe ante resolución firme o si basta con una definitiva. En todo caso, la revisión exigirá la incoación del correspondiente procedimiento, salvo que se arbitre una vía especial para la tramitación de este tipo de solicitudes, lo que no se ha hecho a fecha de hoy. Con el actual panorama de acceso a la justicia como telón de fondo, me pregunto si no sería más eficiente y más eficaz recurrir al mecanismo de la suspensión del juicio civil, cuando ello sea posible y de acuerdo con lo previsto en el Art. 40 LEC. Puesto que la inmensa mayoría de los tipos penales afectados por la previsión del Art. 92.7 CC son perseguibles de oficio y dado que, sin duda, la resolución del procedimiento penal tiene una influencia decisiva en la decisión del procedimiento de familia, éste podría quedar pendiente tan sólo de sentencia, con la adopción de las medidas provisionales que correspondan o el mantenimiento de las anteriores, si se está ante una modificación de medidas, adoptándose la decisión definitiva acerca del régimen de custodia y las circunstancias aledañas sólo cuando recaiga sentencia definitiva en el pleito penal.

4. Naturaleza de la norma y ámbito de aplicación.

Uno de los problemas aplicativos más relevantes que presenta el Art. 92. 7 CC tiene que ver con las dudas acerca de la naturaleza de sus prescripciones. Si se entiende que son imperativas y que no dejan margen alguno a la discrecionalidad del juez, su aplicación debe ser automática en cuanto se constate que concurren los presupuestos que se han descrito, sin que el órgano jurisdiccional pueda entrar a valorar la entidad de

los hechos imputados o la influencia que éstos hayan tenido o puedan llegar a tener en los hijos. Las únicas normas que de manera expresa dejan abierta la posibilidad de valoración judicial de las circunstancias son la catalana y la valenciana.

La primera³³ lo hace de manera poco explícita, pero suficiente, en mi opinión, para dar entrada a una actividad judicial de ponderación, cuando se refiere reiteradamente a “actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”. Esta cualificación de los actos relacionados con la violencia intrafamiliar permite entrar a valorar la relevancia de los mismos y su incidencia en el desarrollo de los menores, pues al establecer como referencia necesaria el eventual daño causado a los hijos es posible valorar como irrelevante a efectos de la decisión sobre la custodia un episodio puntual de enfrentamiento, cuando del resto de las evidencias, indicios e informes se deduce una relación óptima con los hijos y unas circunstancias en general favorables a la modalidad de custodia compartida.

Por su parte, la Ley Valenciana es mucho más específica cuando indica que los indicios fundados de violencia –ya consten en resolución judicial, ya en relación a los que pueda apreciar el juez durante el procedimiento de familia- sólo impedirán la modalidad de custodia compartida “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” (Art. 5-6). Esta fórmula deja claramente en manos del juez la valoración de los hechos penales a la hora de decidir si su entidad es suficiente para determinar la negación de la custodia conjunta o individual.

Por su parte, la regulación del Art. 92.7 CC no introduce ninguna expresión que permita concluir que el juez competente tiene algún margen para la valoración de los hechos y la determinación de su incidencia real en el régimen de custodia. De hecho, la mayoría de las resoluciones judiciales lo aplican de manera automática, sin que la entidad de los hechos imputados ni el resto de las circunstancias evidenciadas en el proceso de familia, pese a resultar proclives a la modalidad de guarda conjunta, tengan virtualidad para enervar su aplicación³⁴. Sólo en destacados y puntuales

³³Art. 233-11 del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

³⁴ SAP de Vizcaya, Sección 4ª, Núm. 666/2010, LA LEY 207387/2010; SAP de Barcelona, Sección 12ª, Núm. 526/2008, de 18 de julio, LA LEY 13507, 2008; SAP de Girona, Sección 2ª, Núm. 35/2008, de 30 de enero, LA LEY 22813/2008; SAP de Toledo, Sección 2ª, Núm. 22/2008, de 29 de enero, LA LEY 86028/2008; SAP de Castellón, Sección 2ª, Núm. 10/2008, de 25 de enero, LA LEY 39760/2008; SAP de

pronunciamientos se entiende que la norma no puede ser automáticamente aplicada y que es el juez quien debe valorar las circunstancias concurrentes con la finalidad de adoptar el modelo de custodia que, realmente y a la vista del caso concreto, proteja mejor los intereses de los hijos y los derechos parentales de los progenitores³⁵.

Resultan de interés en este sentido las alegaciones de la Fiscal Delegada de Tenerife, incorporadas a la Memoria de la FGE del año 2012 por la Fiscal de Sala Delegada Coordinadora contra la violencia sobre la mujer, en las que manifiesta que, pese a la prohibición contemplada en el Art. 92.7 del C.C., cada vez son más los imputados por delitos de violencia sobre la mujer que en los procedimientos civiles solicitan la guardia y custodia compartida y que, si bien la misma es denegada por los jueces, no son pocas las ocasiones en las que se establecen regímenes de visitas tan amplios que «casi se iguala» así el tiempo de las visitas al tiempo de estancia de los hijos con el progenitor custodio.

Una interpretación razonable de esta tendencia es la de que los jueces operan considerando el Art. 92.7 CC una norma imperativa que impide valoración y ponderación de circunstancias a la hora de atribuir la custodia compartida. Sin embargo, con la práctica descrita se salva el obstáculo de la prohibición legal y se configuran amplios regímenes de visita que casi configuran una custodia compartida en beneficio, se entiende, de los hijos. Partiendo de ese mismo principio del mejor interés para el menor, tan alegado en las resoluciones civiles de familia, sería deseable que el Tribunal Supremo se pronunciara acerca de la naturaleza del precepto y, de la misma manera que lo prevén la mayoría de las normas autonómicas, estableciera sin dudas la posibilidad de que el juez, pese a la prohibición legal, pudiera valorar la relevancia del hecho penal y el resto de las circunstancias concurrentes.

Directamente relacionada con la naturaleza del precepto, se encuentra la cuestión de si se aplica sólo en los supuestos contenciosos, en los que cada progenitor pugna por un modelo distinto de guarda, o si, por el contrario, se extiende también a los supuestos en los que los progenitores de mutuo acuerdo han optado por una custodia compartida. Si se quiere ver en el Art. 92.7 CC un mandato imperativo y de aplicación automática que impide la valoración judicial de los hechos, la concurrencia en alguno de los progenitores de las circunstancias descritas en el precepto impedirá la aprobación judicial del convenio regulador en el que los padres acuerden la custodia compartida.

Las Palmas, Sección 2ª, Núm. 529/2007, de 27 de noviembre, LA LEY 278061/2007; SAP de Málaga, Sección 6ª, Núm. 395/2007, de 3 de julio, LA LEY 358430/2007.

³⁵ SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, Núm. 353/2007, de 15 de octubre, LA LEY 278755/2007; SAP de A Coruña, Sección 6ª, Núm. 46/2007, de 12 de febrero, LA LEY 73585/2007; SAP de Castellón, Sección 2ª, Núm. 154/2006, de 23 de octubre; SJVM, Núm.1 de Barcelona, de 31 de octubre, LA LEY 329927/2007; SJI Nº 3 de Ayamonte, Diligencias Urgentes Nº 128/2005.

Así se entendió la SAP de Barcelona, Sección 12ª, Núm. 721/2008, de 26 de noviembre³⁶ y en la SAP de Castellón, Sección 2ª, Núm. 10/2008, de 25 de enero³⁷, que revocan la de instancia que aprobó el convenio regulador en el que los progenitores optaban por la custodia compartida.

En mi opinión, la aplicación automática del Art. 92.7 CC ayuda a consagrar las peores consecuencias del sistema jurídico concebido para la protección de las víctimas de situaciones de violencia intrafamiliar. El juez que ha de tomar la decisión sobre la modalidad de custodia cuenta en el procedimiento de familia con información suficiente para valorar las circunstancias concretas de cada caso, y privarle de la posibilidad de incorporar una valoración acerca de la entidad de los hechos penales y su incidencia en el desarrollo del régimen de custodia equivale a impedir que lleve a cabo una auténtica fundamentación de su decisión cuando el resto de las pruebas son favorables a la modalidad de guarda conjunta.

Por otro lado, existen supuestos en los que resulta evidente la inconveniencia de aplicar automáticamente la prohibición de custodia en supuestos de violencia y la necesidad de valorar las circunstancias concurrentes. El ejemplo más claro de ello se pone de manifiesto por la Fiscal de Sala Delegada Coordinadora contra la violencia sobre la mujer, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012. En concreto, en aplicación de la normativa navarra, el Fiscal Delegado de Zaragoza planteó el problema que se presenta cuando ambos progenitores están imputados en un procedimiento penal por agresión mutua. La sentencia dictada en el procedimiento de familia al que se refería el Fiscal, emitida por el JVM Núm. 1 de Zaragoza, se expresa en los siguientes términos:

“(…) no estaba en la mente del legislador el supuesto de indicios racionales de agresiones recíprocas entre ambos progenitores, pues el precepto habla «*de uno de los progenitores*» a quien no se puede atribuir de manera individual ni compartida la guarda y custodia. Tratándose a través del precepto legal de erradicar toda forma de violencia doméstica o de género, no se estima que estuviera en la intención del legislador la de privar civilmente del derecho-deber de la custodia de los hijos comunes a ambos progenitores, llamando a la familia extensa a través de una supuesta suspensión de la autoridad familiar (Arts. 91 p.º 1 letra d y 85 a 88 del Código de Derecho Foral), pues

³⁶ LA LEY 266123/2008.

³⁷ LA LEY 39760/2008.

ello comportaría sacar al menor de su ambiente y entorno familiar habitual, quien de esa manera perdería sus referentes paternos cotidianos automáticamente y por imperativo legal. Resulta obvio que de encontrarnos ante hipótesis de violencia habitual ejercida a presencia de la menor por ambos progenitores, la solución pasa precisamente por sacarla de su entorno, pero en tal caso, no es fruto de un imperativo normativo, sino que el interés prevalente de la menor lo exige. Por ello, siendo que no cabe ninguna duda que en el Código de Derecho Foral, como en toda la normativa del sistema positivo español, el criterio rector de cada decisión que afecta a un menor de edad es el interés prevalente de éste, habrán de analizarse las circunstancias específicas de cada caso concreto para elegir cuál es el régimen de custodia procedente”.

En similar sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Málaga³⁸ cuando rechaza que el Art. 92.7 CC sirva de base para no atribuir la custodia individual a la madre, que, al igual que el padre, había resultado condenada por un delito del artículo 153 CP:

“(.) condena que, si bien es verdad que afecta a ambos cónyuges, veta ya, legalmente la posibilidad de su guarda compartida, en la medida que, dadas las malas relaciones entre los progenitores, ello no vendría a constituir sino una fuente de conflictos entre los padres, lo cual, obviamente, no redundaría en beneficio de los menores por ello, el interés supremo de los niños, que es el que ha de ser tutelado con preferencia, aconseja que la guarda y custodia de los mismos, sin perjuicio de que la patria potestad sea ejercida de forma conjunta por ambos progenitores, sea atribuida, como con acierto resolvió la juzgadora a quo, a la madre, la cual, desde que nacieron, se ha venido dedicando de forma exclusiva al cuidado y atenciones de los niños, y del hogar, lo que, unido a la edad de los niños, aconseja que la guarda y custodia sobre los mismos sea encomendada a la madre, pues es dicha solución la que mejor atiende al interés preferente de los niños ,ya que ello, conlleva menos cambios en su dinámica familiar, que ya, por el solo hecho de la ruptura de sus padres, se ha visto más que suficientemente alterada, toda vez que los niños han venido siendo atendidos, de manera primordial por la madre, dado que el padre estaba obligado a atender a su ocupación laboral, lo cual supone, en definitiva, el perecimiento del motivo de apelación.”

En definitiva, se opta por no aplicar automáticamente el Art. 92.7 CC porque se considera que la situación de privación de custodia para ambos progenitores no se compadece bien con el principio rector del interés del hijo y, en este caso, se entiende

³⁸ SAP de Málaga, Sección 6ª, Núm. 395/2007, de 3 de julio, LA LEY 358430/2007.

que la custodia debe ser ejercida por la madre en atención al resto de las circunstancias. Pero si se admite que en beneficio de los hijos cabe no privar de la custodia a la madre en estos casos es porque se ponderan igualmente otras circunstancias que permiten al órgano jurisdiccional concluir que la madre es apta para ejercerla y proporcionar a los hijos un entorno adecuado, pese a la condena o la imputación penales. Y si esta ponderación de los principios y valores en juego se puede llevar a cabo en circunstancias como las descritas, en las que el carácter excepcional de las mismas tiene que ver con el hecho de que en ambos progenitores se dan los presupuestos previstos por el Art. 92.7 CC (o la correspondiente norma autonómica), atenta directamente contra el principio de igualdad que dicha ponderación no pueda llevarse a cabo también en los casos en los que sólo uno de ellos ha sido imputado o condenado penalmente, máxime cuando en la gran mayoría de los casos es sobre el padre sobre quien se proyectan los indicios de criminalidad.