



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

Grado en Derecho



TRABAJO FIN DE GRADO

**IMPACTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA CUSTODIA DEL
MENOR**

Autora: Clara Valero Olivares

Tutorizado por el profesor D. Jesús Morant Vidal

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

Elche, junio de 2025

ÍNDICE

RESUMEN.....	4
ABTRACT.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. ABREVIATURAS.....	8
3. MARCO TEÓRICO.....	9
3.1. VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL MENOR.....	9
3.1.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	9
3.1.2. LOS HIJOS COMO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	10
3.1.3. DERECHO DEL MENOR A VIVIR LIBRE DE VIOLENCIA.....	13
3.2. GUARDA Y CUSTODIA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	16
3.2.1. RÉGIMEN GENERAL DE GUARDA Y CUSTODIA. CLASES DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	16
3.2.2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA.....	21
3.2.3. CUSTODIA COMPARTIDA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	25
3.2.4. SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DEL PROGENITOR AGRESOR.....	30
3.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA PROTECCIÓN DEL MISMO.....	33

3.3.1. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	33
3.3.2. DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO: MARCO LEGAL Y REALIDAD PRÁCTICA.....	37
3.4. RÉGIMEN DE VISITAS CUANDO EXISTE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	39
3.4.1. ACTUAL CONFIGURACIÓN DEL ART. 94 CC.....	40
3.4.2. NEGATIVA DEL MENOR A MANTENER CONTACTO CON EL AGRESOR.....	43
3.4.3. CONSECUENCIAS DE QUE EL MENOR PRESENCIE LA VIOLENCIA.....	45
3.5. ASPECTOS PROCESALES.....	48
3.5.1. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y ACUMULACIÓN PROCESAL.....	48
3.5.2. FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA JUECES Y PROFESIONALES DEL ÁMBITO FAMILIAR.....	50
4. OBJETIVOS E HIPÓTESIS.....	52
5. METODOLOGÍA.....	53
6. RESULTADOS.....	54
7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA.....	57
8. BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y WEBGRAFÍA.....	61

RESUMEN

Este trabajo de fin de grado analiza el impacto que la violencia de género ejerce sobre los menores en el ámbito de la guarda y custodia, explorando cómo el ordenamiento jurídico español afronta esta problemática desde una perspectiva legal, jurisprudencial y doctrinal. Se parte del reconocimiento del menor no como mero espectador, sino como víctima directa o indirecta de la violencia sufrida por su madre, y se estudian las consecuencias que ello tiene sobre sus derechos y desarrollo personal. El análisis se estructura en torno a cinco grandes bloques: el concepto de violencia de género y su repercusión en los menores, el régimen de guarda y custodia en situaciones de violencia, la configuración legal del interés superior del menor, el régimen de visitas cuando existe violencia, y el tratamiento procesal de estos casos, incluyendo la necesidad de formación especializada de los operadores jurídicos. A través de un estudio normativo, jurisprudencial y doctrinal, se concluye que la violencia de género constituye un factor excluyente para la atribución de la custodia compartida y que el interés superior del menor exige soluciones jurídicas específicas y protectoras. El trabajo incorpora referencias actualizadas a la Ley Orgánica 1/2004, la Ley Orgánica 8/2021, el Código Civil y sentencias del Tribunal Supremo hasta 2025.

Palabras clave: violencia de género, menores, guarda y custodia, interés superior del menor, patria potestad, custodia compartida, derecho de familia.

ABSTRACT

This undergraduate thesis analyzes the impact that gender-based violence has on minors within the framework of custody and guardianship, exploring how the Spanish legal system addresses this issue from legal, jurisprudential, and doctrinal perspectives. The study begins by recognizing that children are not merely passive observers, but direct or indirect victims of the violence suffered by their mothers, and it examines the consequences this has on their rights and personal development. The analysis is structured around five main areas: the concept of gender-based violence and its effects on minors; the legal framework for custody in situations of violence; the legal configuration of the best interests of the child; the visitation regime when violence is present; and the procedural treatment of these cases, including the need for specialized training for legal professionals. Through a normative, jurisprudential, and doctrinal study, the thesis concludes that gender-based violence constitutes an excluding factor for the awarding of joint custody, and that the best interests of the child demand specific and protective legal solutions. The work incorporates up-to-date references to Organic Law 1/2004, Organic Law 8/2021, the Spanish Civil Code, and Supreme Court rulings up to 2025.

Key words: gender-based violence, minors, custody and guardianship, best interests of the child, parental authority, joint custody, family law.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de fin de grado surge de la necesidad de profundizar en el análisis jurídico de una realidad cada vez más presente en los procedimientos de familia: la existencia de violencia de género en el seno familiar y su incidencia directa en los menores. En los últimos años, el reconocimiento legal del menor como víctima de este tipo de violencia ha motivado reformas legislativas y un importante desarrollo jurisprudencial que incide directamente en la regulación de la guarda, custodia y visitas.

art

En este contexto, el objetivo principal del trabajo es estudiar de forma rigurosa cómo responde el ordenamiento jurídico español a la problemática de la custodia de los hijos menores cuando concurren indicios o condenas por violencia de género, analizando las diferentes figuras jurídicas vinculadas a la custodia, las limitaciones impuestas al régimen de custodia compartida cuando existe violencia, y los mecanismos de protección previstos para los menores. Todo ello se aborda desde una perspectiva jurídica objetiva, atendiendo tanto a la normativa vigente, como a la doctrina y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El análisis parte del principio del interés superior del menor como eje vertebrador de cualquier decisión judicial que le afecte, recogido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde este enfoque, se estudia la aplicación de este principio en los supuestos en los que concurren indicios o sentencias condenatorias por violencia de género, y se examina la idoneidad de los distintos regímenes de custodia en función de las circunstancias del caso.

La elección del tema responde a su actualidad y trascendencia jurídica, dado el elevado número de procedimientos de separación o divorcio en los que se alega la existencia de violencia de género, y a la necesidad de clarificar cómo debe actuar el juez de familia cuando, además de la ruptura de la convivencia, se evidencia un contexto de violencia que afecta a uno o ambos progenitores y, por extensión, a los hijos menores. En este sentido, se pretende no solo identificar los instrumentos jurídicos disponibles, sino también valorar su eficacia real a la luz de los pronunciamientos más recientes del Tribunal Supremo y de las

reformas legislativas operadas, especialmente las contenidas en la Ley Orgánica 1/2004, la Ley Orgánica 8/2021 y el Código Civil.

En definitiva, el presente trabajo ofrece un análisis sistemático del marco legal, jurisprudencial y doctrinal aplicable a la custodia de menores en situaciones de violencia de género, con el propósito de delimitar las soluciones jurídicas existentes y su adecuación a la protección del menor como sujeto de derechos, siendo la motivación personal que impulsa este trabajo el propósito de aportar claridad sobre un problema complejo que exige respuestas multidisciplinarias. En particular, se busca destacar el papel clave que tiene el derecho en la prevención, tratamiento y reparación de la violencia de género cuando afecta también a los menores, subrayando la importancia de adoptar decisiones judiciales que realmente pongan en el centro el bienestar del niño o niña afectado.



1. ABREVIATURAS

Art. – Artículo

Arts. – Artículos

Nº – Número

VIOGEN – Violencia de Género

LO – Ley Orgánica

CC – Código Civil

TS – Tribunal Supremo

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

CE – Constitución Española

ISM – Interés superior del menor

LOPJM – Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

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

LOPJ – Ley orgánica del Poder Judicial

CDN – Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989

JVM – Juzgados de Violencia sobre la Mujer

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

SAP – Sentencia de la Audiencia Provincial

3. MARCO TEÓRICO

3.1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL MENOR.

3.1.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

El art. 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹ (en adelante, LOMPIVG), ofrece una explicación del término “violencia de género” (para lo sucesivo, VIOGEN) haciendo con el mismo referencia a la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones análogas de afectividad, aun sin convivencia. Esta clase de violencia consiste en el daño o menoscabo físico, psicológico o sexual basado en la pertenencia de la víctima al sexo femenino, cuando se ocasionan tanto en la vida pública como privada (Naciones Unidas, 1993²). Por tanto, la violencia de género debe entenderse no como hechos aislados, sino como resultado de una estructura social de dominación masculina que atraviesa los diferentes espacios de socialización femenina (Marcela Lagarde, 1997³). De este modo, la Ley comprende como VIOGEN todo acto de violencia, ya sea física o psicológica, con inclusión de las agresiones en contra de la libertad sexual, así como actos de amenaza, coacción u otros que conlleven la privación arbitraria de la libertad, causados directamente hacia la mujer o sobre sus allegados o familiares menores de edad (art. 1 LOMPIVG).

Tal y como se ha adelantado, el concepto de VIOGEN no es típico o limitativo a la violencia física, pues se atiende a una perspectiva amplia del mismo concurriendo varios tipos de violencia sobre la mujer, como puede ser la violencia física, la violencia psicológica, la violencia sexual, la violencia económica, mutilación genital femenina u otras prácticas

¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 29 de diciembre de 2004. Dirección de consulta: <https://www.boe.es/>

² Organización de las Naciones Unidas. (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (Resolución A/RES/48/104). Dirección de consulta: <https://www.ohchr.org/es>. Fecha de consulta: 10 de marzo de 2025.

³ Lagarde y de los Ríos, M. (1997). *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas* [Libro]. UNAM, pp. 22–25.

tradicionales y/o culturales nocivas hacia las mujeres, tráfico de mujeres y niñas, matrimonios forzosos que obligan a una mujer o niña a contraer matrimonio y el aborto y esterilización forzosa (art. 3 de la Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana⁴).

La VIOGEN es una cuestión de gran litigiosidad en nuestros días para el derecho de familia, y por ello, el ordenamiento jurídico español, ha ido actualizándose a efectos de dar cobertura de forma efectiva a las situaciones en las que concurra la misma, pues según el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2023 se han registrado en España 36.582 mujeres víctimas de VIOGEN, lo que supuso un incremento en un 12,1% respecto del año anterior. Es de considerar que esta cifra se corresponde con el número de sentencias firmes en el año de referencia, que pueden haberse incoado en ese mismo año o en anteriores (INE, 2024⁵).

De este modo, el concepto legal de VIOGEN abarca una realidad compleja y multiforme, profundamente arraigada en la desigualdad estructural entre hombres y mujeres. Su reconocimiento normativo, tanto en leyes estatales como autonómicas, y los datos estadísticos recientes, evidencian la necesidad de seguir desarrollando respuestas jurídicas eficaces frente a una violencia que trasciende lo físico y afecta gravemente la libertad y dignidad de las mujeres.

3.1.2. LOS HIJOS COMO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Tal y como manifiesta el citado art. 1 LOMPIVG, las situaciones de VIOGEN afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, que son víctimas directas o indirectas de esta violencia. El ordenamiento jurídico ofrece respuesta no sólo para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer, sino para velar por la protección en la tutela de los derechos de los menores. En este sentido, el art. 19 de este mismo texto legal reconoce asistencia social integral para los hijos menores de edad que se hallen bajo la patria potestad o guarda de la mujer víctima de VIOGEN.

⁴ Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana. *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*, núm. 6912, de 28 de noviembre de 2012; *Boletín Oficial del Estado*, núm. 297, de 11 de diciembre de 2012. Dirección de consulta: <https://www.boc.es/>

⁵ Instituto Nacional de Estadística (INE). (2024). *Violencia doméstica y violencia de género: Últimos datos*. Dirección de consulta: <https://www.ine.es/>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2025.

Tales escenarios no sólo repercuten en las mujeres víctimas de violencia, sino que se ve perjudicado el entorno familiar, afectando especialmente a los hijos e hijas. El problema se proyecta a nivel horizontal en cuanto a cómo afecta hacia las mujeres y sus entornos familiares, y se proyecta a nivel vertical en cómo puede perjudicar a los descendientes, pudiendo incluso perpetrar la violencia en futuras generaciones (Alegre Hernando, 2016⁶). Así, considerar a los menores como posibles víctimas de violencia en estas circunstancias es relevante, en la medida en que el contexto de VIOGEN es más frecuente cuando la pareja convive en un mismo hogar que cuando no lo hace, y prácticamente la mitad de los hogares en los que convive una pareja, cuentan con la presencia de un menor, y en la mayoría de los casos son hijos e hijas de la pareja. Es por ello que, uno de los aspectos a tener en cuenta es si los hijos e hijas son testigos de la violencia y a su vez víctimas del maltrato de forma directa (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2011⁷).

En un primer momento, se percibió a los hijos como meros espectadores de la violencia, entendiéndose que estos eran “*hijos de mujeres maltratadas*”. En un segundo término, se consideró que estos eran testigos por presenciar el acto de violencia de forma directa, limitándose a la observación de dicho acto. Ahora bien, el entendimiento del menor como mero testigo ha cambiado, pues como señala Aróstegui⁸, los menores no son simples testigos, sino víctimas en sí mismas, con derecho a protección autónoma conforme al artículo 1.2 de la LOMPIVG, pues se incorpora en este cuerpo legal el concepto del menor como víctima directa con la modificación de los artículos 1.2 y 61.2, siendo como mínimo considerados víctimas indirectas si la violencia afecta al otro progenitor, tal como se establece en el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima (Berrocal Lanzarot, 2023⁹). De este modo, en la actualidad el menor es considerado como “expuesto”, un término que implica que no solo está presente, sino que desempeña un papel

⁶ Alegre Hernando, A. (2016). *Una mirada sistémica sobre la violencia de género en la pareja: Del ámbito privado al ámbito social y de lo individual a lo familiar* [Trabajo final de formación]. Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar, p. 30.

⁷ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. (2012). *Análisis sobre la macroencuesta de violencia de género 2011* [Informe]. Dirección de consulta: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/>. Fecha de consulta: 5 de marzo de 2025.

⁸ Aróstegui, J. (2013). *El impacto de la violencia de género en los hijos menores* [Artículo]. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (29), 177–190.

⁹ Berrocal Lanzarot, A. I. (2023). *Guarda y custodia de los menores de edad no emancipados: situaciones de violencia de género y vicaria y de sustracción internacional de menores* [Artículo]. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (795), 441–539. Dirección de consulta: Base de datos vLex.

activo al enfrentar la violencia, viviendo directamente episodios de la misma (Alcántara López, 2010¹⁰). Por tanto, se puede decir que el estudio del impacto de la VIOGEN en los menores ha avanzado significativamente, pues ya no se les ve como figuras ajenas o pasivas, sino como sujetos directamente afectados, que no solo presencian la violencia, sino que también la sufren de forma activa en su entorno cotidiano. Los hijos son víctimas de un contexto en el cual las relaciones parentales se construyen y desarrollan en base a la desigualdad entre el hombre y la mujer y el abuso de poder (Bustamante Zapata¹¹).

Resulta difícil de creer que los hijos e hijas no sean testigos y afectados por la violencia, y pasen a ser parte de su percepción sobre el funcionamiento de las relaciones entre los géneros, máxime en los casos en los que la violencia es física. Si un hombre se comporta de tal forma que provoque miedo a la mujer, es muy probable que también genere ese miedo en los hijos. En este sentido, es importante poner de manifiesto que los hijos e hijas de la pareja pueden ser objeto de violencia no sólo por parte de su padre varón, sino también por su madre u otros miembros del hogar (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2011¹²). De modo que la violencia en el ámbito familiar deja huella en los menores, quienes no solo la presencian, sino que interiorizan sus efectos, afectando su visión sobre las relaciones entre géneros. El miedo que sufre la mujer suele extenderse también a los hijos, quienes pueden ser víctimas directas de la violencia.

Son distintas las circunstancias o formas en las que puede ser expuesto un menor a tales episodios de violencia: situaciones en las que los hijos presencian de forma directa la agresión; cuando el menor es oyente de las discusiones u otro tipo de maltrato tanto físico como emocional; cuando aún sin estar presente tiene noticia de ello a través de terceros; cuando presencia las circunstancias inminentes de la agresión como el daño efectivamente producido, mobiliario roto, o cualesquiera haga percibir al menor la situación de violencia; que el menor se percate de las secuelas en el progenitor víctima de violencia siendo testigo de los síntomas derivados del maltrato, así como cambios de residencia; circunstancias en

¹⁰ Alcántara López, M. V. (2010). *Las víctimas invisibles: Afectación psicológica en menores expuestos a violencia de género* [Tesis doctoral]. Universidad de Murcia. Dirección de consulta: <https://digitum.um.es/>. Fecha de consulta: 13 de marzo de 2025.

¹¹ Bustamante Zapata, J. E. (2018). *Consecuencias psicológicas y emocionales de los menores expuestos a la violencia de género en la pareja* [Tesis doctoral]. Universidad de Murcia.

¹² Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. (2012). *Análisis sobre la macroencuesta de violencia de género 2011*.

las que el menor trata de defender a la víctima agredida; asunción de roles por el menor a petición del agresor, e incluso violencia física o psicológica hacia la mujer durante el embarazo (Bustamante Zapata¹³). De lo expuesto se deduce que los menores pueden verse afectados por la VIOGEN de múltiples formas, desde la etapa prenatal hasta el conocimiento indirecto de los hechos. Su exposición varía desde ser testigos directos o auditivos, intervenir o participar en los episodios, hasta presenciar sus secuelas físicas y emocionales en la madre. Incluso cuando no están presentes, la violencia puede impactarlos a través de los cambios en su entorno o por lo que otros les cuentan. Así, del estudio realizado por el Ministerio de Igualdad resultó que cuando en un círculo familiar la madre es víctima de VIOGEN, es muy probable que el menor también sea víctima de violencia por parte del progenitor varón, puesto que los porcentajes de maltrato directo hacia los hijos son ligeramente inferiores a las del maltrato conocido hacia la madre. Del estudio efectivamente realizado se reveló que el 77,15% de los hijos menores que han presenciado VIOGEN hacia sus madres, afirman haber padecido maltrato directo por parte del hombre que maltrató a la madre (Observatorio de la infancia, 2011¹⁴).

En definitiva, la VIOGEN impacta profundamente en los menores del entorno familiar, quienes dejan de ser meros testigos para convertirse en víctimas activas. La ley reconoce esta realidad y ofrece protección específica, dado que su exposición puede tener consecuencias graves y duraderas.

3.1.3. DERECHO DEL MENOR A VIVIR LIBRE DE VIOLENCIA.

En virtud del art. 1 de la Ley de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia¹⁵, se considera violencia toda acción, omisión o trato negligente susceptible de privar o negar a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, y que, con independencia de su forma y medio de comisión, amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, incluyéndose además la acción u omisión la realizada a

¹³ Bustamante Zapata, J. E. (2018). *Consecuencias psicológicas y emocionales de los menores expuestos a la violencia de género en la pareja..*

¹⁴ Observatorio de la Infancia. (2011). *Menores y violencia de género* [Informe]. Dirección de consulta: <https://www.observatoriodelainfancia.es/>, p. 149. Fecha de consulta: 11 de marzo de 2025.

¹⁵ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 134, de 5 de junio de 2021. Dirección de consulta: <https://www.boe.es/>

través de las tecnologías de la información y la comunicación constitutiva de violencia digital.

En la actualidad el legislador reconoce al menor como víctima directa de los escenarios de VIOGEN. Ello porque los menores de edad tienen derecho a un buen trato, entendiéndose el mismo de acuerdo con la citada LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, aquel comportamiento que promueve activamente los principios de respeto mutuo, convivencia democrática, dignidad humana, solvento pacífico de conflictos, derecho a la igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes, respetando siempre los derechos fundamentales de los mismos, pues el reconocimiento del menor como víctima de la VIOGEN por parte de sus progenitores responde a la necesidad de garantizar su derecho al buen trato, tal como establece la LO 8/2021. Esta ley promueve el respeto a la dignidad, la igualdad y la convivencia pacífica, principios que se ven gravemente vulnerados cuando un menor es expuesto a situaciones de violencia en su entorno familiar. Es por ello que existen normas que velan por salvaguardar el bienestar del menor, como la de referencia que pone en valor el ejercicio positivo de la responsabilidad parental como un concepto integrador que permite estructurar los apoyos en el ámbito familiar, especialmente en contextos de ruptura o violencia.

El ejercicio de las Administraciones Públicas debe tender a salvaguardar tanto la recuperación de la persona menor de edad como de la madre, ambos víctimas de VIOGEN. Máxime debe otorgarse el apoyo oportuno para que los hijos e hijas permanezcan con la mujer, sin perjuicio de los casos en los que es contrario al interés superior del menor (en adelante, ISM). En este sentido, los servicios sociales deben asegurar la respuesta concreta para la situación de VIOGEN, la derivación y coordinación con los servicios específicos a menores de edad damnificados por VIOGEN, siguiéndose los protocolos específicos en el ámbito sanitario, policial, educativo, judicial y de igualdad (LO 8/2021, de 4 de junio).

Tal y como establece la Ley de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶ (para lo sucesivo, LOPJM), en su art. 2, que tal y como se desarrollará en adelante, hace referencia al ISM, es conveniente que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno familiar adecuado

¹⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15, de 17 de enero de 1996. Dirección de consulta: <https://www.boe.es/>

y libre de violencia. La familia es señalada como una fuente importante de adquisición de un comportamiento violento por los hijos a través de la observación de las conductas de los progenitores. Es por ello que la violencia interparental puede tener un impacto realmente negativo en el desarrollo de los hijos, pues hay estudios que desarrollan la violencia intergeneracional por parte de hijos que reproducen las conductas agresivas que han observado durante su desarrollo (Almeida, Gonçalves y Sani, 2008¹⁷). El hecho de que un menor se encuentre expuesto a la violencia del padre hacia la madre es un tipo de maltrato infantil y conlleva consecuencias emocionales y problemas conductuales, tanto internos (tales como ansiedad, depresión, retraimiento, quejas somáticas) como externos relacionados con conductas agresivas (Alcántara, López Soler y Castro, 2013¹⁸). Es por ello que, la violencia entre progenitores impacta negativamente en el desarrollo infantil, ya que la familia actúa como un modelo de aprendizaje. La exposición a estas conductas puede derivar en la reproducción de patrones agresivos en la vida adulta, afectando tanto el bienestar emocional como el comportamiento del menor, lo que constituye una forma de maltrato infantil.



¹⁷ Almeida, T. C., Gonçalves, R. A., & Sani, A. I. (2008). *La agresividad en niños que testimonian la violencia de género* [Artículo]. Dirección de consulta: <https://www.redalyc.org/>. Fecha de consulta: 20 de marzo de 2025.

¹⁸ Alcántara, M.ª V., López-Soler, C., Castro, M., & López, J. J. (2013). *Alteraciones psicológicas en menores expuestos a violencia de género: Prevalencia y diferencias de género y edad*. *Psicothema*, 25(3), 447–452. Dirección de consulta: <https://scielo.isciii.es/>. Fecha de consulta: 22 de marzo de 2025.

3.2. GUARDA Y CUSTODIA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

3.2.1. RÉGIMEN GENERAL DE GUARDA Y CUSTODIA. CLASES DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

En virtud del Artículo 103 del Código Civil Español¹⁹ (para lo sucesivo, CC), en caso de separación o ruptura de los progenitores, el juez decidirá sobre la guarda y custodia de los menores. La determinación de la custodia de los menores en estos casos es una cuestión sensible en el derecho de familia, pues repercute en el desarrollo del menor de forma directa, tanto en el ámbito emocional como educativo. En virtud del art. 92 del CC, el régimen de guarda y custodia hace referencia a la función o deber de los progenitores de asistir y cuidar a los hijos tras la extinción de la unión conyugal o análoga a la conyugal. El régimen de custodia determinará con qué progenitor residirá el menor y la condiciones que deberán cumplirse a fin de salvaguardar su interés superior. Tal y como establece el art. 39 de la Constitución Española²⁰ (en adelante, CE), se deberá cumplir con la protección integral de los hijos prestando los progenitores asistencia hayan sido dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos que legalmente proceda. También este mismo art. hace referencia a que los niños gozarán de la protección que prevean los acuerdos internacionales que velen por sus derechos. Sobre este último punto, sobre el marco legal internacional son de gran relevancia en el ordenamiento jurídico español la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas²¹(en adelante, CDN) y el Convenio de la Haya de 1996²², que velan por la protección de los menores en el ámbito familiar.

¹⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889. Dirección de consulta: <https://www.boe.es/>

²⁰ Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Dirección de consulta: <https://www.boe.es/>

²¹ Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño* [Tratado]. Dirección de consulta: <https://www.un.org/>. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2025.

²² Jefatura del Estado. (2010). *Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de*

Ahora bien, los diferentes tipos de custodia vienen referenciados en el CC español, concretamente en sus Arts. 92, 93 y 94, que regulan los aspectos fundamentales de la custodia, el cuidado y el régimen de visitas de los hijos menores y el tratamiento que debe dar el Juez en estos casos como consecuencia de la disolución de la convivencia de los progenitores. Tal y como se expone, la jurisprudencia ha evolucionado hacia la preferencia de la custodia compartida a excepción de los casos en los que se comprometa el ISM, tal y como establece reiteradamente el Tribunal Supremo (en adelante, TS).

En el ordenamiento jurídico español, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio²³, los Tribunales se inclinaban hacia la adopción de la custodia exclusiva o monoparental haciendo uso del ISM a efectos de justificar la preferencia de la misma, pues la custodia compartida alteraba la estabilidad emocional del menor, siendo lo más adecuado para no alterar la misma el régimen monoparental o exclusivo de la custodia. Por tanto, se consideraba que el ejercicio de la custodia monoparental era el régimen garante de la estabilidad y bienestar del menor ante la ruptura del vínculo por parte de los progenitores. Todo ello teniendo en cuenta que la custodia compartida en la legislación tenía un carácter excepcional y requería el consentimiento expreso de ambos progenitores, además de una resolución motivada, siendo por ello necesario que este tipo de guarda y custodia fuese expresamente solicitada por ambos progenitores para poder acordarse, tal y como expone la SAP Girona nº 29/2004 de 27 de enero (López Redón, 2016²⁴). No obstante, tal y como pone de manifiesto Pinto Andrade²⁵, la jurisprudencia, en consideración con el ISM, evolucionó al respecto y condujo al cambio normativo. Gran protagonismo es el que ostentan las Audiencias Provinciales, de modo que pese a que los Juzgados de Primera Instancia entendían que el entorno familiar y la estabilidad del menor se vería alterada en un régimen de custodia compartida, estas adoptaban el mismo fundamentando su criterio en el beneficio del menor, eso sí, supeditando su adopción a la propuesta de los progenitores de acuerdo a

medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 [Tratado]. Dirección de consulta: <https://www.boe.es/>. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2025.

²³ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 163, de 9 de julio de 2005, pp. 24458–24461.

²⁴ López Redón, C. (2016). *Evolución de la custodia monoparental a la custodia compartida: Análisis doctrinal y jurisprudencial* [Trabajo de fin de grado]. Universidad Autónoma de Barcelona. Dirección de consulta: <https://ddd.uab.cat/>. Fecha de consulta: 14 de abril de 2025.

²⁵ Pinto Andrade, C. (2009). *La Custodia Compartida* [Libro]. Bosch. p. 52. ISBN: 9788497904766.

la legislación anterior. Estas resoluciones y el paulatino cambio de criterio de los tribunales propiciaron la reforma de la Ley 15/2005 en la que se introdujo de forma expresa la custodia compartida como posibilidad en casos de ruptura de la convivencia de los progenitores (López Redón, 2016²⁶). Es por ello que, en dicha ley modificadora del CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷ (en adelante, LEC), en materia de separación y divorcio, se configuraron dos modalidades principales de guarda y custodia de los hijos menores tras una ruptura de la convivencia de los progenitores: la custodia exclusiva y la custodia compartida. Asimismo, se alteró el tenor literal del art. 92 CC permitiendo la adopción del régimen de custodia compartida sin necesidad de propuesta o solicitud conjunta de los progenitores basando la adopción de tal decisión en el ISM, eso sí, adscrito al informe favorable del Ministerio Fiscal (art. 92.8 CC). De este modo, tras la reforma operada, pueden distinguirse tres clases de custodia en el ordenamiento jurídico español:

- La **custodia exclusiva o monoparental**: Es aquella en la que uno solo de los progenitores asume el cuidado y la convivencia habitual con los hijos menores, mientras el otro mantiene la patria potestad, un régimen de visitas y un deber de alimentos. Tradicionalmente ha sido la forma más habitual, en especial antes de la reforma de 2005, cuando no se regulaba la custodia compartida y se atribuía casi siempre a la madre salvo causas excepcionales (López Redón, 2016²⁸). En la actualidad, puede adoptarse dicho régimen en algunas circunstancias, como situaciones en las que no existe un proyecto claro de cómo se va a desarrollar la custodia compartida o cuando existen otras razones que así lo aconsejen (STS nº 1682/2023, de 29 de noviembre²⁹).
- La **custodia compartida** (art. 92.5 CC y art. 92.8 CC): La custodia compartida supone la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a ambos progenitores de manera conjunta, permitiendo que el tiempo de convivencia con cada uno se reparta de manera equilibrada. Tal y como ha sido puesto de manifiesto, esta figura fue reforzada con la Ley 15/2005, que introdujo la

²⁶ López Redón, C. (2016). “Evolución de la custodia monoparental a la custodia compartida”.

²⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 7, de 8 de enero de 2000. Dirección de consulta: <https://www.boe.es/>

²⁸ López Redón, C. (2016). “Evolución de la custodia monoparental a la custodia compartida”.

²⁹ STS núm. 1682/2023, de 29 de noviembre (Recurso núm.: 7647/2022).

posibilidad de que los jueces la acuerden incluso sin el acuerdo de ambos progenitores, siempre que sea en beneficio del menor y con informe favorable del Ministerio Fiscal.

Así, el art. 92.5 CC establece que *“se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los progenitores en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”*, y la actual configuración del art. 92.8 del mismo texto legal indica que *“excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordarla, fundándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*. Cabe mencionar que la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo ocho, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio art. que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro, no a que deban existir circunstancias específicas para acordarla. En este sentido, se pronunció el Alto Tribunal en la STS nº 761/2013, de 12 de diciembre³⁰, aclarando que la redacción del Art. 92 no permite concluir que la adopción de la custodia compartida se trate de una medida excepcional, sino que la misma debe ser común y perseguible de acuerdo con el derecho que los hijos tienen a mantener la relación con ambos progenitores (Martínez Martínez³¹).

De modo que, la doctrina del TS se decanta por la adopción de la custodia compartida siempre que las circunstancias lo permitan, siendo el modelo normal y deseable para el ISM cuando no exista una razón objetiva que lo desaconseje (STS nº 257/2013, de 29 de abril³²). La misma debe acordarse siempre en función del ISM, evaluando aspectos como la implicación previa de los progenitores en el cuidado del hijo, sus capacidades parentales, la voluntad de los menores con madurez suficiente, el número de hijos, el grado de cumplimiento de los deberes parentales, el respeto entre los progenitores y los informes periciales pertinentes. Todo ello con el objetivo de garantizar al menor un entorno estable y adecuado, aunque su organización resulte más compleja que en la convivencia.

³⁰ STS núm. 761/2013, de 12 de diciembre (ECLI: ES:TS:2013:5824, Rec. 774/2012, Núm. Roj: STS 5824/2013).

³¹ Martínez Martínez, J. (2025). *A la sombra de la STS 257/2013: Últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre custodia compartida* [Comentario de sentencia]. Dirección de consulta: <https://superbiajuridico.es/>. Fecha de consulta: 20 de abril de 2025.

³² STS núm. 257/2013, de 29 de abril (Rec. 2525 / 2011).

En este sentido, la redacción del art. 92 CC no presenta la custodia compartida como una medida excepcional, sino que tal y como ha sido puesto en conocimiento, ha de interpretarse como la fórmula normal e incluso preferible, pues que favorece el mantenimiento de vínculos significativos con ambos progenitores, incluso tras la ruptura de la convivencia, siempre que no existan circunstancias que lo desaconsejen (STS nº 579/2011, de 22 de julio³³). Ello no obstante, teniendo en cuenta que factores como las discrepancias entre los progenitores respecto a la educación de los hijos tras la ruptura de la convivencia pueden constituir un obstáculo para el establecimiento de la custodia compartida, especialmente cuando dichas divergencias interfieren en el adecuado desarrollo psicosocial de los menores. Este criterio jurisprudencial, que se fundamenta en la falta de consenso en los modelos educativos, puede incidir negativamente en el ejercicio del derecho fundamental de los padres a educar a sus hijos, reconocido en el art. 27.2 de la CE (Ruiz-Rico Ruiz, 2023³⁴).

Asimismo, aunque menos habitual, prevé el ordenamiento jurídico español el régimen de custodia atribuida a un tercero de acuerdo con el art. 103.1 del CC, los hijos pueden ser encomendados a otras personas distintas de los progenitores, confiriéndoles las funciones tutelares, tales como los abuelos, los parientes, otras personas o una institución idónea. En base al mismo criterio, el art. 19 LOPJM, encomienda la guarda y custodia de los menores a una Entidad Pública para el caso en que los menores se encuentren en situación de desamparo. Se entiende que en circunstancias excepcionales, cuando ninguno de los progenitores está en condiciones de ejercer la custodia, ya sea por incapacidad, fallecimiento o situaciones que pongan en riesgo el bienestar del menor, la guarda puede ser atribuida a un tercero, como familiares cercanos o instituciones de protección de menor, incluso si ello implica confiar su custodia a un familiar distinto de los progenitores. La jurisprudencia ha respaldado esta posibilidad en casos donde el ISM lo requiere, es decir, cuando es considerado lo más beneficioso para el menor³⁵. Por otro lado, también se prevé la custodia distributiva o partida como modalidad excepcional de guarda y custodia que se produce

³³ STS núm. 579/2011, de 22 de julio (ECLI: ES:TS:2011:4924, Núm. Cendoj: 28079110012011100491).

³⁴ Ruiz-Rico Ruiz, C. (2022). *La especial transcendencia constitucional de la custodia compartida en el derecho español a través de la jurisprudencia* [Artículo]. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 55(164), 226–251. Dirección de consulta: <https://www.scielo.org.mx/>

³⁵ Iuristech Abogados.(s.f.). *La custodia ejercida por un tercero*. Dirección de consulta: <https://www.abogadosiuristech.com/>. Fecha de consulta: 21 de abril de 2025.

cuando, en virtud del principio del interés superior del menor, se decide que cada hijo conviva con un progenitor distinto o incluso con un tercero (como un familiar o una institución). Aunque el criterio general del ordenamiento jurídico español favorece la no separación de los hermanos (por razones afectivas, de estabilidad y desarrollo emocional), la custodia partida se permite cuando la convivencia conjunta resulta más perjudicial que beneficiosa (Martínez Calvo, 2019³⁶).

Este criterio ha sido respaldado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STS n.º 530/2015, de 25 de septiembre, por ejemplo, reconoció que “la separación de hermanos no puede considerarse perjudicial *per se* si obedece a una finalidad protectora y se justifica adecuadamente en interés de cada menor”.

En conclusión, el sistema jurídico español ha experimentado una evolución significativa en materia de guarda y custodia, pasando de una aplicación casi exclusiva del modelo monoparental a una apertura decidida hacia la custodia compartida, configurándola como opción preferente cuando resulte beneficiosa para el menor. La reforma de la Ley 15/2005 y la doctrina consolidada del TS han consolidado un marco en el que el ISM actúa como eje rector, permitiendo valorar de forma flexible cada situación familiar concreta y contemplando incluso modalidades excepcionales de guarda en favor de terceros, cuando así lo exija la protección integral del menor.

3.2.2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

La determinación de la guarda y custodia de los menores tras la disolución de la convivencia entre progenitores se fundamenta en el ISM, principio rector consagrado en el art. 2 LOPJM, y en el art. 3.1 de la CDN. Este principio obliga a los tribunales a realizar un análisis pormenorizado de las circunstancias familiares, valorando diversos factores para establecer el régimen de custodia más beneficioso para el desarrollo integral del menor.

El art. 92 del CC establece que, en caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio, el juez determinará el régimen de guarda y custodia atendiendo siempre al ISM. Aunque el CC no detalla exhaustivamente los criterios que deben aplicarse, la jurisprudencia y la doctrina han perfilado los principales factores que los jueces consideran al otorgar la

³⁶ Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* [Libro]. Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-1313-591-3.

custodia. En cualquier caso, más allá de la preferencia por una u otra modalidad de guarda, la cuestión no debe centrarse en esa elección, sino en dejar en manos del juez la capacidad decisoria, mediante una regulación neutral, sobre el tipo de guarda que garantice mayor estabilidad al menor y proteja su interés. Para ello, podría ser útil recurrir a algunos de los parámetros establecidos en las regulaciones autonómicas o por el Tribunal Supremo en sus diversas resoluciones, sin perjuicio de la utilización de otras medidas que permitan al juez adoptar la opción de guarda que mejor favorezca al menor. En definitiva, la decisión sobre la guarda y custodia, ya sea exclusiva o compartida, debe basarse en el interés superior del menor en cada caso particular, sin considerar ninguna forma de custodia como preferente. Además, en caso de optar por la custodia compartida, esto no implica necesariamente un reparto igualitario de los tiempos de convivencia; la distribución de tiempos y responsabilidades debe realizarse siempre con base en el interés del menor (Berrocal Lanzarot, 2023³⁷).

Los criterios que se establecen para determinar el régimen de guarda y custodia son tales como los deseos manifestados por los menores; el número de hijos, práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, y sus aptitudes personales; el cumplimiento de deberes respecto para con los hijos, así como el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes que se hayan requerido o exigido legalmente; así como cualquier otro que permita a los menores una vida apropiada, todo ello teniendo en cuenta que en la práctica pueda ser más complicada que la que se desarrolla en convivencia de los progenitores (STS nº 1302/2023 de 26 de septiembre³⁸). En este sentido, el Alto tribunal no realiza un catálogo exhaustivo o taxativo de criterios a considerar por la jurisprudencia, sino que deja abierta la posibilidad de poner en relieve otros criterios que sean relevantes para el caso concreto. A continuación, se exponen los criterios que han venido teniéndose en cuenta por los Tribunales para establecer el régimen de custodia más adecuado al interés del menor:

- **Capacidad y disponibilidad de los progenitores:** uno de los primeros elementos que los tribunales analizan es la capacidad real de cada progenitor para hacerse cargo

³⁷ Berrocal Lanzarot, A. I. (2023). *Guarda y custodia de los menores de edad no emancipados: situaciones de violencia de género y vicaria y de sustracción internacional de menores*.

³⁸ STS núm. 1302/2023, de 26 de septiembre (Rec. 7527/2022, ECLI: ES:TS:2023:3830, Núm. Roj: STS 3830:2023)

del menor, así como su disponibilidad temporal y emocional. El TS ha subrayado la importancia de que el progenitor tenga una actitud activa, responsable y afectiva hacia el cuidado del menor, puesto que la custodia compartida requiere predisposición de ambos progenitores, así como disponibilidad efectiva que permita asumir las obligaciones cotidianas del mismo (STS nº 390/2015 de 26 de junio³⁹). Es por ello que, la valoración de tal criterio consiste en analizar de forma objetiva cuál de los progenitores garantiza una estabilidad o continuidad para el menor de acuerdo con su práctica habitual, arraigo del menor u otros factores que permitan identificar la capacidad y disponibilidad que ostenta el progenitor (STS nº 579/2011 de 22 de julio).

- **Relación afectiva previa y arraigo del menor:** el vínculo emocional existente entre el menor y cada progenitor es otro criterio esencial. Se valora cuál ha sido el rol desempeñado por cada progenitor antes de la ruptura, así como el grado de implicación en el cuidado y educación del menor (STS nº 758/2013 de 25 de noviembre⁴⁰). Asimismo, cualquier modificación en la residencia del menor, especialmente si implica un cambio en la figura del cuidador principal, debe basarse en razones objetivas que demuestren que tal cambio es beneficioso para el menor. De lo contrario, se debe preservar la situación actual para garantizar la estabilidad emocional y el bienestar del menor (Valverde Martínez, 2020⁴¹)
- **Edad y necesidades específicas del menor:** tradicionalmente se ha considerado que los menores de corta edad deben quedar preferentemente bajo la custodia de la madre, en especial con anterioridad a la reforma acaecida por la Ley 15/2005 tal y como se ha expuesto en el epígrafe anterior. No obstante, en la actualidad, la corta edad del menor no justifica *per se* la atribución de la custodia a la madre de forma automática, pues deben ser valorados otros aspectos como la capacidad de los progenitores, disponibilidad de los mismos y su idoneidad en términos de cuidado al menor, estableciéndose el régimen de custodia compartida cuando no existan

³⁹STS núm. 390/2015, de 26 de junio (ECLI: ES:TS:2015:2736, Roj: STS 2736:2015).

⁴⁰STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (ECLI: ES:TS:2013:5710, Rec. 2637 / 2012).

⁴¹ Valverde Martínez, M.ª J. (2020). *Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad* [Artículo]. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2), 795–817. Dirección de consulta: <https://www.uc3m.es/cdt>.

circunstancias que lo desapruebe (STS nº 585/2015, de 21 de Octubre⁴²). Es por ello que la edad no puede ser un criterio absoluto, sino un elemento más a considerar en una valoración conjunta, debiendo ser el conflicto parental valorado o analizado desde una perspectiva funcional, es decir, por su repercusión en la vida del menor (STS 11/2018, 11 de Enero de 2018⁴³).

- **Capacidad de cooperación entre progenitores:** la posibilidad de comunicación y cooperación entre los progenitores se erige como un elemento decisivo en la viabilidad de la custodia compartida, ya que esta modalidad exige un nivel mínimo de diálogo y respeto, pues los conflictos continuados entre progenitores atentan sobre el ISM e impiden o alteran la convivencia saludable que requiere la adopción del régimen (STS nº 981/2024 de 10 de julio⁴⁴). Es por ello que no procede la guarda y custodia compartida cuando existe conflictividad entre los progenitores que exceda de la inminente a una ruptura e imposibilite la colaboración requerida en la adopción del régimen (STS nº 36/2016, de 4 de febrero⁴⁵).
- **Audiencia del menor:** el derecho del menor a ser escuchado se encuentra regulado en el art. 9 de la LOPJM, y en el art. 770.4 de la LEC, que pone de manifiesto el derecho del mismo a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier otro procedimiento en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones. Del mismo modo, se reconoce este derecho al menor en el art. 92.6 CC al exigir la audiencia del menor que tuviere suficiente juicio cuando se estime necesario a petición de las partes o del Ministerio Fiscal, siempre que ostente la suficiente madurez. Es por ello que, los menores deben ser oídos siempre que dispongan de capacidad para ello y en todo caso, a partir de los doce años de edad. Este extremo será desarrollado en profundidad en el epígrafe “*Derecho del menor a ser escuchado*”,

⁴² STS núm. 585/2015, de 21 de Octubre (Rec. 1768/2014, Ecli: ES:TS:2015:4442, Roj: STS 4442:2015).

⁴³ STS núm. 11/2018, 11 de Enero (Rec. 75/2017, Ecli: ES:TS:2018:40, Roj: STS 40:2018).

⁴⁴ STS núm. 981/2024 de 10 de julio (Rec. 6725/2022, Ecli: ES:TS:2024:4147, Roj: STS 4147:2024).

⁴⁵ STS núm. 36/2016, de 4 de febrero (Rec. 3016/2014).

- **Existencia de antecedentes de violencia familiar:** criterio a considerar por los Tribunales a la hora de determinar el régimen de custodia en cada caso concreto, en virtud del art. 92.7 del CC, que tal y como ha sido puesto de manifiesto, establece la prohibición general de establecer la guarda conjunta cuando el órgano juzgador detecte indicios fundados de VIOGEN o doméstica, teniéndose también en consideración los malos tratos a animales a efectos utilizarlos de instrumento para controlar a los miembros de la unidad familiar. En este mismo sentido, se contempla en el art. 94 del mismo texto legal para la atribución del régimen de visitas. Los indicios de violencia deben ser estudiados desde una perspectiva de visión reforzada del menor, puesto que, tal y como se ha expuesto, exponer al mismo a contextos violentos constituye una forma de victimización de forma incluso directa. En este sentido, cabe recordar la necesaria capacidad de cooperación que han de existir para la adopción del régimen de custodia compartida, cooperación inexistente e incompatible en un contexto de violencia entre progenitores (STS nº 981/2024, de 10 de julio).

En definitiva, la determinación del régimen de guarda y custodia se configura como un proceso eminentemente casuístico que exige a los tribunales una valoración integral y flexible de las circunstancias familiares. A partir del principio del ISM, el ordenamiento jurídico español establece una serie de criterios orientadores, no cerrados, que permiten identificar la opción más adecuada en cada caso concreto. Así, la capacidad parental, el vínculo afectivo, la edad y necesidades del menor, la cooperación entre progenitores, su voluntad, y la existencia de contextos de violencia son elementos clave que deben ser ponderados de forma conjunta, sin que ninguno de ellos tenga carácter excluyente o decisivo por sí solo. Esta lógica permite asegurar que la solución adoptada no solo sea jurídicamente válida, sino también humanamente adecuada para garantizar el desarrollo pleno del menor en un entorno seguro, estable y afectivo.

3.2.3. CUSTODIA COMPARTIDA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La protección del ISM ha de ser el criterio rector de toda resolución judicial en materia de custodia compartida (López Romero y Alfonso Espinosa, 2015⁴⁶). El régimen de custodia compartida ha sido objeto de evolución jurisprudencial, siendo considerado por el TS “*el régimen más deseable*” con carácter general (STS nº 257/2013, de 29 de abril). El Alto Tribunal establece que en interés del menor, conviene que los vínculos familiares se mantengan a excepción de que sean inadecuados para el mismo, de modo que solo pueden ser quebrantadas tales relaciones familiares en circunstancias excepcionales. Es por ello que, como regla general constituye el interés o beneficio del menor relacionarse con ambos progenitores y el mantenimiento del vínculo paternofilial con ambos, pues es fundamental en el desarrollo del menor, aunque en algunas situaciones no deba seguirse el sistema de custodia compartida por la concurrencia de circunstancias excepcionales que desaconsejen su uso. Por tanto, la regla general es la custodia compartida y la excepcionalidad es la custodia monoparental (STS nº 573/2025, de 12 febrero⁴⁷).

No obstante, esta preferencia se ve notablemente limitada en los supuestos en los que existe VIOGEN. En estos casos, el legislador ha establecido restricciones a efectos de proteger tanto al progenitor víctima como, especialmente, el ISM, principio rector en toda decisión que les afecte (art. 39 CE y art. 2 LOPJM). Cabe recordar que tal y como ha sido puesto de manifiesto, tal situación conflictiva altera la cooperación necesaria entre los progenitores para poder llevar a cabo de forma adecuada el régimen de custodia compartida.

Asimismo, el art. 65 LOMPIVG, establece que la existencia de una sentencia condenatoria por VIOGEN excluye la posibilidad de adoptar el régimen de custodia compartida. Esta posición se ha reforzado por la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En este mismo sentido, la Sala primera del TS, denegó el régimen de custodia compartida al existir una sentencia condenatoria por VIOGEN, reiterando la incompatibilidad de régimen de custodia compartida cuando concurre la misma al prevalecer el ISM sobre cualquier otro interés incurso en el proceso (STS nº 175/2021 de 29 de marzo⁴⁸).

⁴⁶ López Romero, P. M., & Alonso Espinosa, F. J. (2015). *Custodia compartida e interés superior del menor* [Artículo]. *Diario La Ley*, (8556). Dirección de consulta: Base de datos La Ley. Fecha de consulta: 30 de abril de 2025.

⁴⁷ STS núm. 573/2025, de 12 febrero (ECLI:ES:TS:2025:573, Roj: STS 573/2025)

⁴⁸ STS núm. 175/2021, de 29 de marzo (Rec. 3110/2019, ECLI: ES:TS:2021:1226, Roj: STS 1226:2021)

Pero, tal y como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, la normativa básica que impide la custodia compartida en contextos de VIOGEN se recoge en el art. 92.7 del CC, que dice textualmente: “ *No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, o cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*”. Este precepto establece una prohibición legal expresa de atribuir la guarda y custodia compartida en contextos de violencia familiar. En concreto, impide que se acuerde este régimen cuando exista un procedimiento penal en curso por delitos especialmente graves —como los cometidos contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual— del otro progenitor o de los hijos. Asimismo, basta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, sin que sea necesaria una condena firme, para que el juez excluya esta modalidad de custodia. Esta previsión responde a una lógica de protección reforzada del ISM, pues la exposición del niño a dinámicas violentas o a relaciones parentales marcadas por el maltrato es considerada por el ordenamiento como un riesgo inaceptable para su bienestar y desarrollo integral.

El mismo criterio se recoge en el tenor literal de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven⁴⁹, que no atribuye la custodia del “*régimen de convivencia*” a uno de los progenitores cuando 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 progenitor o del menor, habiéndose dictado resolución judicial motivada al respecto, cuando la aplicación del régimen de convivencia conjunta suponga un riesgo para la madre o hijos (Fiscalía, 2011⁵⁰). Del mismo modo, la legislación autonómica prohíbe también de forma expresa la atribución de la guarda y custodia al concurrir violencia intrafamiliar.

Sobre ello, ha de tenerse en cuenta que la aplicación automática del precepto puede derivar en la vulneración del derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores de forma injustificada, por lo que los tribunales deberán analizar las circunstancias en cada caso

⁴⁹ Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana*, núm. 6495, de 5 de abril de 2011; *Boletín Oficial del Estado*, núm. 98, de 25 de abril de 2011. Dirección de consulta: <https://www.boe.es/>

⁵⁰ Fiscalía General del Estado. (2011). *Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer* [Circular] pp. 50-51.

concreto. Por tanto, de acuerdo con la redacción omisiva y ambigüedad del estudiado art. 97.2 del CC, desemboca en problemas de interpretación y aplicación, que en la práctica se traduce en distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales. En el estudio por los Tribunales de la conveniencia de adoptar el régimen de custodia compartida, no son talmente equiparables las situaciones en las que existe sentencia penal firme de las que existe mera denuncia o incoación de un proceso (Aznar Domingo y Medina Álvarez, 2022⁵¹):

- **Rechazo de la custodia compartida por un proceso penal en curso.**

En este sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en su STS nº 350/2016 de 26 de mayo⁵², denegando la custodia compartida por la existencia de un auto de incoación de procedimiento abreviado por un delito de coacciones sobre la mujer, fundamentando la sentencia en la conducta del padre, que además de estar sujeto a enjuiciamiento, presentaba un comportamiento irrespetuoso y dominante. Ello en atención, además, de que tal situación impedía una cooperación necesaria y adecuada entre los progenitores para llevar a cabo el ejercicio de la custodia compartida de forma que beneficiase al menor.

Con posterioridad, se plantea cuestión de inconstitucionalidad por la Sala Primera del TS con respecto al art. 9.2 del CC antes citado, pues puede colisionar con los preceptos constitucionales contenidos en el art. 39 CE y en el art. 10.2 CE, este último en base al interés del menor que tal y como se ha mencionado con anterioridad, se encuentra recogido en Tratados y Convenios internacionales, legando en dicha cuestión que la aplicación inmediata del art. no permite al órgano juzgador conocer el alcance del delito, la tipicidad subjetiva del mismo, y las concretas circunstancias concurrentes (ATS 581/2023, de 11 de enero⁵³).

En este sentido, los Tribunales se inclinan hacia la idea de que la aplicación de la exclusión que establece la legislación no es suficiente que el progenitor se halle incurso en un proceso penal por VIOGEN, sino que dicha conducta penalmente perseguible debe suponer un peligro para el menor, acogiendo el criterio de una resolución fundada en indicios

⁵¹ Aznar Domingo, A., & Medina Álvarez, M. (2022). *La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales* [Artículo]. *El Derecho*. Dirección de consulta: <https://elderecho.com/>. Fecha de consulta: 30 de abril de 2025.

⁵² STS nº 350/2016, de 26 de mayo (*Estima parcialmente el recurso de casación contra la SAP A Coruña 175/2015, 27 de Mayo de 2015*)

⁵³ Auto núm. 581/2023, de 11 de enero (Rec. 8870/2021, ECLI:ES:TS:2023:581^a)

racionales de criminalidad. La Audiencia precisa que no basta la mera existencia de un proceso penal por VIOGEN para excluir automáticamente la guarda y custodia compartida, lo que se traduce en que una mera denuncia no excluye la adopción del régimen de custodia compartida. Según esta resolución, es necesario que la conducta penalmente perseguida represente un peligro real y concreto para el menor, de modo que la medida restrictiva se fundamente en indicios racionales de criminalidad con incidencia en el ISM. Esta doctrina exige, por tanto, un juicio individualizado del caso, huyendo de automatismos y atendiendo al impacto efectivo que dicha situación pueda tener en el desarrollo del menor (Aznar Domingo y Medina Álvarez, 2022⁵⁴).

- **Rechazo de la custodia compartida al acaecer condena penal firme**

En este otro sentido, la existencia de una condena penal por un delito de VIOGEN es una circunstancia legal objetiva incompatible con el régimen de custodia compartida por la repercusión de la violencia intrafamiliar en el menor, y en la medida en que al acaecer condena el enfrentamiento excede de la “*lógica conflictividad*” que pueda acarrear para los progenitores la rotura del vínculo o convivencia, pues en este momento la relación familiar vendrá marcada por un delito contra la madre, esta vez injustificable, que aleja al padre del entorno familiar y del trato con la madre, y por ende hace impracticable el ejercicio de la guarda y custodia compartida (STS nº 36/2016, de 4 de febrero).

De este modo, cabe traer a colación el art. 153 del actual Código Penal español, que tipifica como delito el menoscabo psíquico, lesión de escasa gravedad o el maltrato de obra sin lesión, hacia pareja con relación conyugal o análoga a la misma, así como hacia persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Asimismo, establece en su apartado primero que el Juez, además de imponer la pena que corresponda, podrá inhibir al autor del ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

En definitiva, aunque el art. 97.2 del CC es preciso y categórico, lo cierto es que es preciso no equiparar las situaciones en las que existe una sentencia penal firme y las situaciones en las que existe mera denuncia, ya que esta última no es suficiente para excluir la adopción de la custodia compartida por el riesgo de privar al menor del mantenimiento efectivo del vínculo con ambos progenitores sin causa justificada. No obstante, la custodia

⁵⁴ Aznar Domingo, A., & Medina Álvarez, M. (2022). *La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales*.

compartida no puede ser concedida cuando se rompen los elementos esenciales de confianza y colaboración entre los progenitores, lo cual sucede en cualquier caso de violencia de género, sin importar el tipo de sentencia (Pantaleón Prieto, 2020)⁵⁵.

Ahora bien, el Ato Tribunal pone de manifiesto que una vez cesen las circunstancias de VIOGEN que impidieron la adopción del régimen de custodia compartida, es posible adoptar la misma siempre velando por el ISM. De este modo, en la STS nº 1645/2023, de 27 de noviembre⁵⁶, se procedió al cambio de custodia, de exclusiva o monoparental a compartida, trascurridos diez años desde la condena del padre por VIOGEN, y cancelados sus antecedentes penales. Todo ello teniendo en cuenta que, tal y como puso de manifiesto el órgano juzgador, no existieron nuevos episodios de violencia ni desacuerdos entre los progenitores que afectasen al menor.

Si bien el principio del ISM debe guiar cualquier decisión judicial en materia de custodia, no puede soslayarse que en contextos de VIOGEN el mantenimiento de la coparentalidad puede tener efectos devastadores. La custodia compartida exige una mínima capacidad de diálogo y cooperación, que se encuentra anulada cuando hay un historial de maltrato. Por ello, tanto la normativa como la jurisprudencia, con escasas excepciones, se alinean con una posición protectora frente al menor y la progenitora víctima, siendo prudente reservar la custodia compartida para casos donde haya evidencias de superación real del conflicto.

3.2.4. SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DEL PROGENITOR AGRESOR

En el ordenamiento jurídico español, la patria potestad se configura como un conjunto de deberes y derechos de los progenitores respecto de sus hijos menores de edad no emancipados, al objeto de proteger y fomentar su desarrollo integral, como se prevé en el art. 154 del CC, que impone a los padres la obligación de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. El tenor literal del citado precepto es el siguiente: “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad*

⁵⁵ Pantaleón Prieto, F. (2020). Derecho de familia: teoría y práctica [Libro]. Aranzadi, pp. 697–698.

⁵⁶ STS núm. 1645/2023, de 27 de noviembre (Rec. 1589/2022, ECLI: ES:TS:2023:5273, Roj: STS 5273:2023).

de los progenitores. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y psicológica.”. De este modo, la patria potestad implica un deber de cuidado y protección que debe ejercerse siempre en beneficio del menor, respetando su desarrollo, personalidad e integridad tanto física como emocional.

Ello no obstante, esta titularidad puede verse limitada o incluso extinguida en situaciones especialmente graves, como es el caso de la VIOGEN. La normativa española contempla dos mecanismos principales para restringir la patria potestad en estos contextos: la suspensión y la privación. Ambas, se prevén en el art. 170 del CC, que ofrece la posibilidad de que cualquiera de los progenitores pueda ser privado, de forma total o parcial, del ejercicio de la patria potestad por sentencia fundada, ya sea en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Este precepto debe interpretarse desde una lógica de protección reforzada, permitiendo la suspensión inmediata incluso con medidas cautelares si concurre riesgo para el menor (Cano Linares, 2022⁵⁷). No obstante, el mismo texto legal manifiesta que los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

En este sentido, para supuestos en los que concurra VIOGEN, el art. 65 de la LOMPIVG, contempla expresamente la posibilidad de suspender judicialmente el ejercicio de la patria potestad y otras formas de guarda legal cuando exista un procedimiento penal en curso. Su redacción está dirigida a proteger a los hijos menores en contextos de riesgo derivados de la violencia ejercida contra su madre o contra ellos mismos. Igualmente, el mismo texto legal exige un deber para el juez de pronunciamiento y medidas protectoras en caso de no suspensión, lo que supone una obligación expresa al juez debiendo pronunciarse motivadamente sobre cómo se ejercerán tales funciones, y adoptar medidas que garanticen la protección efectiva de la víctima y de sus hijos. Todo ello teniendo en cuenta el ISM consagrado en el art. 2 LOPJM, que debe orientar cualquier decisión judicial que afecte al ámbito familiar.

En definitiva, la patria potestad, concebida como un haz de deberes y derechos orientados al bienestar integral del menor, puede ser limitada o extinguida en aquellos supuestos en los que su ejercicio resulte incompatible con la protección del hijo, como ocurre

⁵⁷ Cano Linares, J. (2022). *Patria potestad y violencia doméstica: suspensión y privación* [Artículo]. *Cuadernos de Derecho de Familia*, (108), 53–70, p. 63. Aranzadi.

en los casos de VIOGEN. Especialmente relevante es el papel activo que se impone al juez en estos procedimientos, no solo al autorizar la suspensión o privación, sino también al dictar medidas complementarias de protección y seguimiento cuando no se acuerda dicha suspensión.



3.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA PROTECCIÓN DEL MISMO.

3.3.1. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

El principio de ISM constituye un eje vertebrador del Derecho de familia, de rango constitucional y supranacional. En la legislación internacional, destaca el art. 3 CDN, que establece que en cualquier decisión que afecte a los menores, ya sea adoptada por instituciones públicas o privadas dedicadas al bienestar social, órganos legislativos, autoridades administrativas o tribunales, deberá priorizarse el ISM como consideración fundamental.

A nivel europeo, se consagra en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que exige que en cualquier actuación que involucre a menores, realizada por entidades privadas o por autoridades públicas, deberá considerarse como prioridad esencial el interés superior del niño.

En este mismo sentido, en el derecho interno español, las autoridades públicas garantizan también la protección plena de los hijos, quienes gozan de igualdad legal sin importar el tipo de filiación, así como de las madres, con independencia de su estado civil (Art. 39 CE). Asimismo, el art. 2 de la LOPJM, reconoce el derecho de todo menor a que se valore su interés superior como el factor más relevante en todas las decisiones y acciones que le afecten, tanto en el ámbito público como privado, en aplicación de la ley o en las decisiones adoptadas por las instituciones, órganos y Tribunales, y que este interés prevalezca sobre cualquier otro interés legítimo que pueda surgir.

La jurisprudencia ha concebido el ISM como un principio axiológico preferente en la solución de las controversias judicializadas sobre las medidas relativas a los menores. De este modo, se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (STS nº 129/2024, de 5 de febrero⁵⁸).

⁵⁸ STS núm. 129/2024, de 5 de febrero (Rec. Casación. 1172/2023, Resuelve recurso contra Sentencia de Audiencia Provincial de Almería, sección 1 (civil), 21 de Diciembre de 2022).

Es por ello que, el ISM opera como límite y fundamento de las decisiones, tratándose el mismo de un concepto de difícil concreción. Tal y como se ha adelantado, la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁹, modifica el art. 2 LOPJM incorporando a la legislación la doctrina reciente del TS, así como el criterio del Comité de los Derechos del Niño⁶⁰. Desde este momento, da lugar a una distinción tripartita del concepto (Aznar Domingo y Medina Álvarez, 2022⁶¹):

- Como un **derecho sustantivo**: *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”*. De esta forma, en la aplicación de las normas que le afecten, así como en la adopción de las medidas que le conciernan primará este interés *«sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»*. Es por ello que, el precepto indica que el ISM es vinculante para la autoridad judicial, órganos legislativos y las instituciones (art. 2.1 LOPJM).
- Como un **principio general susceptible de interpretar**: *“A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales”*. De modo que el ISM debe guiar todas las decisiones que le afecten, interpretándose conforme a criterios generales que aseguren su bienestar integral en cada caso concreto (art. 2.2 LOPJM).
- Como una **norma del procedimiento**, de modo que toda resolución o medida adoptada en su interés deberá guardar respeto a las garantías del proceso, como la audiencia del menor, la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos, la participación del representante legal del menor, la adopción de una decisión motivada y la existencia de recursos que posibiliten de defensa en caso de que el órgano haya considerado el ISM como prioritario (art. 2.5 LOPJM).

⁵⁹ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, de 23 de julio de 2015. Dirección de consulta: <https://www.boe.es/>

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* [Observación general]. Dirección de consulta: <https://www.refworld.org/>. Fecha de consulta: 2 de mayo de 2025.

⁶¹ Aznar Domingo, A., & Medina Álvarez, M. (2022). *La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales*.

De este modo, el Tribunal Supremo ha dado un paso decisivo al considerar el ISM como estándar jurídico autónomo que exige ponderación concreta y justificación reforzada en cada resolución judicial (De la Rosa Cortina, 2019⁶²). A efectos de interpretar y aplicar en cada caso concreto el ISM, tal y como se ha puesto de manifiesto en la concepción interpretativa del concepto, el art. 2.2 de la LOPJM recoge unos criterios a ponderar con las circunstancias concretas del menor y de las circunstancias concurrentes, como el ambiente familiar y la conducta de los progenitores. Tales criterios a considerar son: la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente y aquellos otros elementos de ponderación que puedan ser pertinentes en el supuesto concreto.

Además de lo ya expuesto, de un análisis jurisprudencial se contempla también la noción de ISM (STS nº 129/2024, de 5 de febrero):

- Como un asunto de orden público, estando por encima del vínculo parental, pues se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos, y sean tenidos en consideración de manera preferente a los de los demás implicados, en consecuencia de la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses (STS nº 251/2018 de 25 de abril⁶³).
- Como límite a la autonomía de los progenitores en los negocios jurídicos de familia con respecto a las medidas referentes a los hijos menores de edad, garantizando que dichas decisiones no perjudiquen sus derechos ni su desarrollo (STC nº 185/2012, 17 de octubre⁶⁴, art. 90 CC).
- Como un principio de aplicación preferente en casos de imposibilidad de su armonización con otros intereses concurrentes como son los de los progenitores u otros familiares o allegados. Debe prevalecer frente a otros intereses en conflicto,

⁶² De la Rosa Cortina, E. (2019). *El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* [Artículo]. *Revista de Derecho de Familia*, (83), 11–34.

⁶³ STS núm. 251/2018, de 25 de abril (Rec. 4632/2017, ECLI: ES:TS:2018:1480).

⁶⁴ STC núm. 185/2012, de 17 de octubre (Pleno, Rec Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006).

como los de los progenitores o allegados, siendo aplicado de forma preferente cuando no sea posible armonizarlos. (art. 2.4 LOPJM).

- Como un concepto jurídico indeterminado, introducido deliberadamente por el legislador para permitir al juez una mayor flexibilidad interpretativa y de ponderación en cada caso concreto (STS nº 835/2013, de 6 de febrero⁶⁵). Ello se debe a que resulta necesario determinar en qué consiste el ISM en cada situación particular, a fin de garantizar su correcta aplicación. En definitiva, ello implica valorar y ponderar las circunstancias particulares del caso para que el juez, a partir de los datos e informes disponibles, pueda aplicar dicho principio de forma ajustada a la realidad del menor afectado (Domínguez Reyes, 2018⁶⁶).
- Como principio que potencia motivación reforzada en las resoluciones que lo afectan, al tratarse de un principio constitucional consagrado en el art. 39 CE, que guía y fundamenta la actuación de todos los poderes públicos en materia de infancia. (STC nº 141/2000, de 29 de mayo⁶⁷ y STC nº 113/2021, de 31 de mayo⁶⁸)
- Como un concepto cuya valoración puede requerir el apoyo de disciplinas extrajurídicas, especialmente la psicología, que aporta herramientas para prever el impacto emocional y conductual de las decisiones judiciales en el desarrollo del menor." (STS nº 545/2022, de 7 de julio⁶⁹). Ello no obstante, los informes psicosociales elaborados deben ser sometidos a valoración con el resto de pruebas practicadas, además de cuestionados y analizados jurídicamente por los Tribunales de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC).

En definitiva, el ISM se configura como un principio rector que orienta todas las decisiones judiciales en materia de familia. Su carácter prevalente obliga a una valoración individualizada de cada caso, limitando la autonomía de los progenitores y priorizando siempre el bienestar del menor. Este principio, además, exige una fundamentación reforzada

⁶⁵ STS nº 835/2013, de 6 de febrero (Rec 245/2012, ECLI: ES:TS:2014:247, Roj: STS 247/2014).

⁶⁶ Domínguez Reyes, J. F. (2018). *El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* [Artículo]. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (768), 2212–2233. Dirección de consulta: Base de datos vLex.

⁶⁷ STC núm. 141/2000, de 29 de mayo (ECLI:ES:TC:2000:141, BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000).

⁶⁸ STC núm. 113/2021, de 31 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:113, BOE núm. 161, de 07 de julio de 2021).

⁶⁹ STS núm. 545/2022, de 7 de julio (ECLI: ES:TS:2022:2783 Rec. 7297/2021, Roj: STS 2783/2022).

en las resoluciones que lo afectan y permite al juzgador integrar conocimientos extrajurídicos cuando sea necesario, sin renunciar al análisis crítico desde una perspectiva jurídica. Su aplicación práctica se ha convertido, así, en una garantía fundamental para la protección integral de los menores en contextos familiares complejos.

3.3.2. DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO: MARCO LEGAL Y REALIDAD PRÁCTICA.

De acuerdo con el art. 9 de la LOPJM los menores, en función de su edad y grado de madurez, deben asumir y cumplir las obligaciones y responsabilidades que les corresponden en relación con los derechos que poseen, tanto en el ámbito familiar, como en el escolar y social. En el Ordenamiento Jurídico español, la Ley posibilita la audiencia del menor en los procedimientos contenciosos siendo menores de doce años si se estimare necesario, debiendo practicarse y ser oído en todo caso si el menor alcanza los doce años de edad, del mismo modo de si precisan apoyo para el desarrollo de su capacidad jurídica (art. 770.4 LEC). Este derecho implica no solo la posibilidad, sino la obligación, de que se recabe su opinión cuando tenga suficiente madurez y, en todo caso, cuando tenga más de doce años, siendo considerado un trámite de necesaria observancia. Este extremo también se recoge en el art. 92.6 CC, , que concreta la exigencia de la audiencia al menor y el derecho del mismo a ser escuchado.

A finales del año 2020, el Alto tribunal, en su STS nº 648/2020, de 30 de noviembre⁷⁰, anuló una sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila recurrida en casación “*al no haberse oído a los menores, y no haberse rechazado motivadamente la propuesta de exploración a la vista de esta doctrina y de acuerdo con el art. 92, 2, 6 y 9 del C. Civil*”. Es decir, una resolución de instancia por vulnerar el derecho del menor a ser oído, al no haberse practicado la exploración judicial ni justificarse motivadamente su omisión. Por tanto, recordó que el art. 92, apartados 2, 6 y 9 del CC, junto con la doctrina consolidada, obligan a escuchar al menor con suficiente juicio cuando la resolución afecte a su esfera personal, especialmente en materias de guarda y custodia. Asimismo, del mismo modo se

⁷⁰ STS núm. 648/2020, de 30 de noviembre (Rec. 5518/2019, ECLI: ES:TS:2020:4032, Roj: STS 4032:2020).

actuó en la STS 731/2024, del 27 de mayo⁷¹, en la que el Alto Tribunal revoca las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial por no dar audiencia al menor y por tanto omitir su exploración, siendo el mismo mayor de diez años en el primer juicio y mayor de doce en la apelación. Ambas sentencias refuerzan el carácter imperativo y garantista del derecho del menor a ser escuchado, integrándolo como elemento esencial en la conformación del régimen de custodia conforme al principio del ISM.

En este sentido, la Ley y los Tribunales garantizan el derecho del menor a ser oído en los litigios judiciales en los que se resuelva sobre guarda y custodia cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, tal y como se ha expuesto, los mayores de 12 años. (Ochoa, 2022⁷²). Todo ello teniendo en cuenta, que en la práctica jurídica, es importante que el juzgador explique al menor respecto a su derecho a ser oído, debidamente informado y se le haga partícipe en el procedimiento, aclarándole que sus declaraciones no serán vinculantes a la hora de tomar la decisión final, pues quien adoptará tal decisión no será el menor, sino el órgano juzgador (Arpí, 2019⁷³).

En definitiva, el derecho del menor a ser escuchado en los procedimientos judiciales sobre guarda y custodia constituye una garantía esencial del ordenamiento jurídico español, con amparo normativo en la LOPJM, la LEC y el CC. Su ejercicio no depende únicamente de la edad, sino también del grado de madurez, y debe ser considerado un trámite preceptivo en aras del ISM. Tanto la jurisprudencia del TS como la doctrina especializada subrayan que la audiencia del menor no puede ser una mera formalidad, sino un mecanismo real de participación, respetuoso con su desarrollo evolutivo y emocional, que contribuya a una decisión judicial más ajustada a su realidad y necesidades.

⁷¹ STS núm. 731/2024, de 27 de mayo (Rec.4498/2023, ECLI: ES:TS:2024:2896, Roj: STS 2896:2024).

⁷² Legal Today. (2022, enero 10). *El derecho del menor a ser escuchado en los procesos en los que se resuelva sobre guarda y custodia* [Artículo]. Legal Today. Dirección de consulta: <https://www.legaltoday.com/>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025.

⁷³ Legal i Familia. (s.f.). *El derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos judiciales* [Artículo]. Legal i Familia. Dirección de consulta: <https://legalifamilia.com/>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025.

3.4. RÉGIMEN DE VISITAS CUANDO EXISTE VIOLENCIA DE GÉNERO

El régimen de visitas es una institución jurídica que tiene por objeto garantizar el derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, incluso en casos de separación, nulidad o divorcio, conforme al principio del ISM.

El art. 160 CC regula el derecho de los hijos menores a relacionarse con el progenitor no custodio, a excepción de cuando se disponga lo contrario mediante resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos en los que se encomiende a ésta la protección del menor. Asimismo, dispone que en el caso de que el ISM recomiende visitas a los progenitores privados de libertad, la Administración competente deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por esta misma administración, por un familiar designado, o por un profesional, que velarán por la preparación del menor a tal visita, realizándose la misma fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor. Este mismo precepto señala que no podrán ser impedidos de las relaciones personales con el menor, sin justa causa, los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados del mismo; y que en caso de oposición el Juez decidirá atendidas las circunstancias. Además, las medidas que se adopten deberán favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos.

En relación con el derecho de relación de los hijos y el progenitor no custodio, desde el punto de vista del progenitor que no ostenta la guarda y custodia, se trata de un derecho subjetivo que contribuye al desarrollo de su personalidad y al ejercicio de la paternidad; y desde la perspectiva del menor, el régimen de relación consiste en una concreción del interés del mismo en los supuestos en los que concurra una ruptura de la convivencia por parte de los progenitores, teniendo el legislador en cuenta que como regla general lo beneficioso para el menor será mantener contacto con ambos progenitores porque tal relación contribuye a su formación y a su desarrollo integral, de acuerdo con lo estudiado en la atribución de la custodia compartida. Sin embargo, esta regla general encuentra limitaciones y modulaciones en contextos de VIOGEN, con el fin de proteger a los menores y al progenitor víctima (Acuña San Martín, 2013⁷⁴).

⁷⁴ Acuña San Martín, M. (2013). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio* [Tesis doctoral]. Universidad de Zaragoza. Dirección de consulta: <https://dialnet.unirioja.es/>.

En este sentido, mientras que el Art 65 de la LOMPIVG faculta al Juzgador a suspender la patria potestad o custodia de menores al inculpado por VIOGEN con respecto a sus hijos, art. 66 del mismo texto legal exige que el órgano juzgador deberá suspender el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por VIOGEN sobre los menores que dependan de él. No obstante, prevé la no suspensión si el ISM así lo requiere, estableciendo en todo caso la forma en la que se ejercitará y se llevará a cabo el régimen de estancia y las comunicaciones entre el inculpado por VIOGEN y el menor dependiente del mismo. Además, este mismo precepto faculta al Juez a adoptar las medidas pertinentes para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer a través de servicios de atención especializada, así como un seguimiento de su desarrollo. Es por ello que, de la redacción del art. 66 LOMPIVG se instaure como norma general la suspensión del régimen de visitas en contextos de VIOGEN, siendo la excepción establecerlo.

Al respecto, la nueva redacción del art. 544 ter LECrim, tal y como se desarrollará, faculta la suspensión del régimen de visitas, estancia y comunicación cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal e indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia (Martín, 2013).

En suma, el régimen de visitas constituye una manifestación concreta del derecho del menor a mantener vínculos con ambos progenitores y con su entorno familiar, incluso tras una ruptura de convivencia, siempre que ello resulte compatible con su bienestar. Aunque la norma general promueve la continuidad de estos lazos afectivos, el legislador ha establecido límites expresos en contextos de VIOGEN, priorizando la seguridad del menor y del progenitor víctima. Esta perspectiva garantiza una protección reforzada de los menores frente a cualquier situación que pueda comprometer su desarrollo integral, armonizando el derecho a las relaciones familiares con la salvaguarda del ISM.

3.4.1. ACTUAL CONFIGURACIÓN DEL ART. 94 CC.

De la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, modificadora de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de

su capacidad jurídica⁷⁵, que configura la nueva redacción del art. 94 CC, se contempla una diferenciación entre la suspensión del régimen de visitas sobre el progenitor no custodio que se halle incurso en un proceso penal y la denegación o rechazo del régimen de visitas respecto del progenitor no custodio privado de libertad (art. Segundo de la Ley).

La reforma operada, para el primer supuesto, pasa a prohibir el establecimiento de un régimen de visitas o estancia a favor del progenitor que esté incurso en un proceso penal contra el otro progenitor o cuando el juzgador advierta indicios fundados de criminalidad, ello no obstante, deja abierta la posibilidad de establecer dicho régimen si media motivación y obedeciendo en todo caso al ISM, previa evaluación de la situación paterno filial. Por tanto, la norma introduce una presunción de improcedencia, pero no absoluta, que podrá ser desvirtuada por el juez de forma razonada, caso por caso.

Ahora bien, para el segundo supuesto relativo al progenitor no custodio privado de libertad, ordena que en ningún caso se podrá establecer un régimen de visitas a favor del progenitor que se halle en situación de prisión, ya sea provisional o por sentencia firme, dictada en el ámbito penal por la comisión de actos contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos. Asimismo, quedará excluida cuando el órgano judicial, a la vista de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, aprecie la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. En este caso, el legislador elimina cualquier margen de discrecionalidad judicial cuando exista una resolución firme que acredite la comisión de estos delitos, con el objetivo de evitar la revictimización del menor y garantizar su protección frente al progenitor agresor.

En el ámbito internacional, el Convenio de Estambul, relativo al Convenio del Consejo de Europa⁷⁶ sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España en 2014, impone a los Estados parte la obligación de adoptar medidas legislativas y de otra índole para proteger a los menores como víctimas indirectas (o incluso directas) de la VIOGEN. Concretamente, su art. 31 sobre “*Custodia, derecho de visita y seguridad*”

⁷⁵ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 132, de 3 de junio de 2021.

⁷⁶ Consejo de Europa. (2011). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* [Tratado]. Dirección de consulta: <https://www.coe.int/>.

establece que deberán adoptarse las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños. De este modo, el Convenio considera que la VIOGEN no solo afecta a la mujer víctima, sino que también supone una forma de violencia hacia los hijos, cuando son testigos o cohabitantes del entorno violento. Esta perspectiva ha sido acogida progresivamente por la jurisprudencia española y se proyecta directamente en las limitaciones al régimen de visita y custodia que ahora permite el art. 94 del CC.

Por tanto, la actual configuración del art. 94 CC debe interpretarse a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, y en particular del Convenio de Estambul, cuyas disposiciones tienen rango supralegal según el art. 96.1 de la CE y prevalecen sobre normas legales en caso de conflicto.

En virtud de la normativa citada, empezó a ser de aplicación en la STS n.º 680/2015, de 26 de noviembre⁷⁷, resuelve el caso concreto declarando procedente la restricción de los contactos entre el menor y su progenitor, al haberse acreditado la condena de este último por malos tratos hacia otro de sus hijos, haciendo hincapié en que cualquier régimen de visitas debe establecerse con extrema precaución, dada la situación de especial vulnerabilidad del menor. Con base en el art. 94 del CC y el art. 65 de LOMPIVG, el Tribunal determina que no procede fijar un régimen de visitas entre el progenitor y su hija mientras éste cumpla condena, sin perjuicio de que, una vez extinguida la pena, pueda solicitar judicialmente la adopción de nuevas medidas, siempre en procedimiento contradictorio y con las garantías necesarias para excluir cualquier riesgo para la menor, atendiendo a los antecedentes de violencia tanto hacia la madre como hacia la hermana. Finalmente, sienta como doctrina jurisprudencial que el órgano judicial puede acordar la suspensión del régimen de visitas cuando exista condena por VIOGEN o por maltrato al menor o a otro hijo, previa valoración de los factores de riesgo concurrentes en cada caso. No obstante, pone de relieve que el progenitor no custodio podrá instar el reconocimiento de un régimen de visitas en un ulterior procedimiento toda vez que haya cumplido la condena, señalando que se deberán adoptar las garantías necesarias para el bienestar y protección del menor (Aznar Domingo y Medina Álvarez, 2022⁷⁸).

⁷⁷ STS núm. 680/2015, de 26 de noviembre (Rec. 36/2015, ECLI: ES:TS:2015:4900, Roj: STS 4900:2015)

⁷⁸ Aznar Domingo, A., & Medina Álvarez, M. (2022). *La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales*.

En este sentido, el TS desestimó la petición de establecer un régimen de visitas limitado por la inexistencia de elementos que permitan concluir que un régimen ordinario de visitas suponga un riesgo o perjuicio para las menores, priorizándose en todo caso la evaluación de los factores de riesgo presentes (STS n.º 598/2015, de 27 de octubre⁷⁹).

En definitiva, la reforma del art. 94 del CC refuerza la protección del menor en contextos de violencia, estableciendo restricciones específicas al régimen de visitas cuando existan procesos penales o condenas por delitos graves contra el otro progenitor o los hijos. Esta evolución normativa, en consonancia con el Convenio de Estambul y la jurisprudencia del TS, prioriza la seguridad del menor y su interés superior, limitando la discrecionalidad judicial cuando se acredite la existencia de violencia, e integrando una perspectiva garantista en la evaluación del contacto paterno-filial.

3.4.2. NEGATIVA DEL MENOR A MANTENER CONTACTO CON EL AGRESOR.

La negativa del menor a mantener contacto con el progenitor denunciado o condenado por VIOGEN plantea una situación de especial relevancia jurídica, en la que debe primar el ISM, conforme al citado art. 2 de la LOPJM. Tal y como se ha puesto de manifiesto, la norma impone el deber de escuchar al menor siempre que tenga suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años (art. 9 LOPJM, art. 770.4 LEC y art. 92.6 del CC). Tal y como ha sido puesto de manifiesto, la reforma del art. 94 CC por la Ley 8/2021 de 2 de junio, precisamente, refuerza esta protección en contextos de violencia, al establecer que no podrá acordarse un régimen de visitas o comunicación si el progenitor está inmerso en un proceso penal por atentar contra el otro progenitor o los hijos, salvo que, de forma motivada y tras una evaluación específica, se determine lo contrario atendiendo al interés del menor.

En cualquier caso, si el menor manifiesta de forma clara y reiterada su oposición a mantener contacto con el progenitor agresor, esa voluntad debe ser tenida en cuenta como elemento determinante, posibilitando al menor la adopción de su propio juicio y que pueda expresar su opinión libremente en los asuntos que le afecten, y que se tenga debidamente en cuenta su opinión, según su edad y madurez (CDN, art. 12).

⁷⁹ STS núm. 598/2015, de 27 de octubre (Rec. 2664/2014, ECLI: ES:TS:2015:4452, Roj: STS 4452:2015)

El art. 160 CC, ya estudiado, si bien establece el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores, supedita este derecho al bienestar del menor, permitiendo su restricción o suspensión si así lo aconsejan las circunstancias. Esta interpretación se encuentra reforzada por el principio recogido en el art. 3 CDN, ratificada por España, que reconoce el interés del menor como consideración primordial.

No obstante, desde un punto de vista procesal, si el menor se niega a mantener contacto con el progenitor agresor, los tribunales deben valorar si esa negativa está justificada y es coherente con su protección integral. En este sentido, la instrucción y la evaluación psicológica forense son esenciales para descartar manipulaciones parentales o interferencias indebidas, y asegurar que la negativa del menor responde realmente a su voluntad y protección. Asimismo, parte de la doctrina avala la existencia del “Síndrome de Alienación parental” planteado en 1985 por el psiquiatra estadounidense Richard A. Gardner en el contexto de un procedimiento de custodia y a partir de su experiencia privada. Gardner sostenía que, durante los litigios de guarda y custodia, la madre influía de manera negativa en el menor para que rechazara al padre, llegando en muchos casos a denunciar falsamente abusos sexuales cometidos por este. Su propuesta consistía en que, ante tales situaciones, los jueces otorgaran la custodia al progenitor rechazado, suspendiendo cualquier contacto del menor con su madre, quien además debería someterse a tratamiento especializado para "revertir" la supuesta alienación. Cabe señalar que Gardner nunca aportó evidencia científica que avalara sus teorías, ni ha sido reconocido tal concepto por ninguna entidad profesional o científica de referencia (Escudero, Aguilar y de la Cruz, 2008⁸⁰).

A tales efectos, el rechazo serio del menor hacia el no custodio por vivencias traumáticas, como la violencia intrafamiliar, es una de las causas de improcedencia o suspensión del establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. Ahora bien, en estos casos cabe la adopción de un régimen de visitas restrictivo, un régimen de comunicaciones o un régimen progresivo a fin de evitar la ruptura irreversible del vínculo (El Derecho, 2024⁸¹).

⁸⁰ Escudero, A., Aguilar, L., & de la Cruz, J. (2008). *La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): "terapia de la amenaza"* [Artículo]. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 28(2), 285–307. Dirección de consulta: <https://scielo.isciii.es/>.

⁸¹ El Derecho. (2024). *Régimen de visitas: establecimiento normalizado y supuestos de limitación, restricción o suspensión* [Artículo]. El Derecho. Dirección de consulta: <https://elderecho.com/>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025.

En suma, cuando el menor se opone a mantener contacto con el progenitor agresor, el juez debe valorar esa oposición con especial sensibilidad, teniendo en cuenta su edad, madurez y la posible afectación psicológica, sin que quepa imponer forzosamente un régimen de comunicación si ello contraviene su interés superior.

3.4.3. CONSECUENCIAS DE QUE EL MENOR PRESENCIE LA VIOLENCIA.

Los efectos del mero hecho de presenciar VIOGEN son devastadores. No se trata de una situación neutral: el menor no es “testigo”, sino víctima indirecta o incluso directa para parte de la doctrina tal y como ha sido puesto de manifiesto en el Capítulo primero “*La violencia de género y el menor*”. Así lo reconoce expresamente la LOMPIVG, que considera víctimas a los menores que convivan con la mujer maltratada, al “*prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia*” (art. 1.2, LOMPIVG). A estos efectos, tal y como ha sido puesto de manifiesto con anterioridad, estos menores pueden ser víctimas directas o indirectas de la violencia, pues son considerados víctimas directas de VIOGEN tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la LOMPIVG, y en otro sentido son víctimas indirectas si la violencia afecta al otro progenitor, tal como se establece en el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima (Berrocal Lanzarot, 2023⁸²).

A estos efectos, mediante la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia, se lleva a cabo una modificación del art. 158 del CC, con la finalidad de que se prevea la posibilidad de que el Juez acuerde la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, así como la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones que estén integrados en resolución judicial o convenio aprobado judicialmente, y todas las demás disposiciones que considerare pertinentes, a fin de alejar a un menor de un peligro o evitar causarle perjuicios como consecuencia de su entorno familiar o frente a terceros, con la garantía de la audiencia del menor (preámbulo II de la Ley).

⁸² Berrocal Lanzarot, A. I. (2023). *Guarda y custodia de los menores de edad no emancipados: situaciones de violencia de género y vicaria y de sustracción internacional de menores*.

Asimismo, esta reforma también opera sobre el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸³ en relación con el régimen de visitas estancia, relación o comunicación, que tal y como ha sido expuesto, ordena la suspensión del mismo con respecto al inculcado sobre los menores que dependan de él, cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y cuando existan indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal (conyugue, persona con análoga relación, ascendientes, descendientes, etcétera). No es estrictamente necesario que el menor haya visto directamente la violencia para que pueda acordarse la suspensión del régimen de visitas en tenor de este art., sino que basta con que la perciban de alguna manera (Magro Servet, 2022⁸⁴).

Todo ello teniendo en cuenta que el art. 153 del Código Penal se encarga de tipificar y sancionar conductas relacionadas con la violencia doméstica y de género que además se prevé al menor como posible víctima de violencia al interpretar “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”; en su apartado tercero establece que la pena se impondrá en su mitad superior cuando el delito “*se perpetrare en presencia de menores*” o “*tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima*”. De este modo, el precepto refuerza la protección del menor en contextos de violencia doméstica y de género, considerando al mismo una posible víctima cuando convive con el agresor. Es más, en el apartado primero de este mismo precepto se prevé como consecuencia la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, y el apartado tercero prevé una agravación de la pena cuando el delito sea cometido en presencia de menores, reconociendo así el impacto que esta violencia puede tener sobre su bienestar psicológico y emocional. Al respecto, se pronunció la Sala Segunda del Alto Tribunal en la STS nº 188/2018, de 18 de abril⁸⁵, que deviene aplicable el citado art. cuando

⁸³ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE-A-1882-6036, «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17/09/1882)

⁸⁴ Magro Servet, V. (2022, octubre 11). *Suspensión del régimen de visitas ante casos de violencia y posibles excepciones* [Artículo]. El Derecho. Dirección de consulta: <https://elderecho.com/>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025.

⁸⁵ STS núm. 188/2018, de 18 de abril (Rec 1448/2017, ECLI: ES:TS:2018:1378, Roj: STS 1378:2018)

el menor se percate de la situación de enfrentamiento o violencia familiar, sin requerir que lo perciba visualmente de forma directa.

Los datos recogidos en un estudio realizado por el Ministerio de Igualdad⁸⁶ reflejan que una proporción significativa de menores ha tenido conocimiento de situaciones de VIOGEN sufridas por sus madres. Concretamente, un 24,7 % afirma haber presenciado o conocido al menos una de las doce situaciones contempladas en el cuestionario. Asimismo, las formas de maltrato más comúnmente identificadas por los menores son las manifestaciones de violencia psicológica, en particular los insultos, las humillaciones y las acciones que generan temor en la víctima, todas ellas reconocidas por un 14,3 % de los encuestados. En un segundo nivel de frecuencia se sitúan aquellas conductas que menoscaban directamente la autoestima de la madre, como decirle que no vale nada (8,7 %), así como los comportamientos de control abusivo ejercido por la pareja, como decidir por ella aspectos cotidianos tales como con quién se relaciona, qué dice, a dónde va o cómo viste (8,5 %). Finalmente, en un tercer nivel aparecen otras formas de violencia como el aislamiento social, percibido por un 7,7 % de los adolescentes, y la violencia física directa —golpes, empujones o lanzamiento de objetos—, referida por un 7,1 % (Delegación del Gobierno Contra la Violencia de Género, 2019⁸⁷).

Asimismo, tal y como pone de manifiesto la STS nº 129//2024, de 5 de febrero, la Resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado primero que toda forma de violencia, incluida la violencia presenciada contra otro progenitor o persona allegada, debe ser considerada una violación de los derechos humanos y una actuación que atenta sobre el ISM, tanto en el plano jurídico como en la práctica.

En definitiva, el mero hecho de presenciar situaciones de VIOGEN no puede considerarse neutro ni inofensivo para los menores, quienes, más allá de simples observadores, se configuran legalmente como verdaderas víctimas de esta violencia.

⁸⁷ Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. (2019). *Resumen ejecutivo del estudio “Menores y violencia de género”* [Informe]. Dirección de consulta: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/>. Fecha de consulta: 5 de marzo de 2025.

3.5. ASPECTOS PROCESALES

3.5.1. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y ACUMULACIÓN PROCESAL

La existencia de VIOGEN en el entorno familiar determina importantes consecuencias procesales, especialmente en lo que respecta a la competencia de los órganos jurisdiccionales llamados a conocer de los procedimientos de guarda y custodia, régimen de visitas, patria potestad y demás medidas relacionadas con los hijos menores. El legislador ha ido incorporando mecanismos específicos de protección procesal con el objetivo de garantizar que el ISM no se vea comprometido en contextos familiares marcados por el maltrato.

Con carácter general, los procedimientos civiles de familia son competencia de los Juzgados de Primera Instancia (art. 45 de la LEC). Sin embargo, en supuestos en los que existe VIOGEN, el legislador ha atribuido la competencia civil a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante, JVM).

El tratamiento procesal de estas situaciones se encuentra principalmente regulado en la LOMPIVG. Su art. 44 prevé que los JVM sobre la Mujer asuman la competencia en los procesos civiles relacionados con el derecho de familia (guarda, custodia, visitas, patria potestad, etc.) siempre que estén vinculados con hechos constitutivos de violencia de género. Esta previsión permite la acumulación de acciones penales y civiles en un único órgano jurisdiccional, evitando resoluciones contradictorias.

Asimismo, esta previsión normativa fue reforzada por la modificación introducida en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸⁸ (en adelante, LOPJ) a través del art. 87 ter, que concreta que los JVM asumirán competencia civil y penal cuando las cuestiones estén “*íntimamente relacionadas*” y versen sobre hechos de violencia contra la mujer. De este modo, cuando existe VIOGEN en la relación de pareja o expareja, los JVM son competentes no solo para conocer del procedimiento penal, sino también para resolver acumuladamente los procedimientos civiles de familia vinculados. En este mismo texto legal, concretamente en el art. 89, se faculta a los JVI conocer de determinados asuntos civiles que estén vinculados a conflictos familiares, siempre aplicando los procedimientos y recursos

⁸⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, de 2 de julio de 1985.

previstos en la LEC. Entre los asuntos que pueden tratar se incluyen los procesos matrimoniales (separaciones, divorcios y cuestiones sobre el régimen económico matrimonial), las medidas relacionadas con hijos menores (como la guarda y custodia o los alimentos), y cualquier modificación posterior de estas medidas. También asumen competencia sobre temas de filiación, maternidad, paternidad, adopción, relaciones paternofiliales y protección de menores. Además, abarcan los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia (salvo algunos excepcionales previstas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria), las liquidaciones del régimen económico matrimonial iniciadas por herederos de una víctima de VIOGEN, así como el reconocimiento de eficacia civil de resoluciones eclesiásticas o extranjeras en materia de familia y menores. También conocen los procesos que buscan garantizar el derecho de los menores a relacionarse con sus parientes, conforme al art. 160 del CC.

La acumulación de las acciones penales y civiles en un mismo órgano especializado busca evitar resoluciones contradictorias y garantizar una tutela judicial efectiva y coordinada. Según dispone el art. 49 bis de la LEC, cuando exista un proceso penal en curso sobre hechos que puedan justificar medidas civiles relacionadas con la guarda y custodia, el conocimiento de estas cuestiones civiles corresponde al Juzgado que esté conociendo del procedimiento penal, en este caso, al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Igualmente, conforme al art. 43 de la LEC, si se están tramitando simultáneamente procedimientos civiles y penales sobre cuestiones relacionadas, el juez civil podrá suspender el proceso civil hasta que se resuelva el proceso penal, si lo considera necesario para la correcta resolución del litigio.

En este mismo sentido, tal y como ha sido puesto de manifiesto con anterioridad el art. 65 de la LOMPIVG autoriza expresamente a que, cuando se adopte una orden de protección en favor de la víctima, el juez de violencia pueda acordar directamente medidas de carácter civil de forma cautelar, incluyendo la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y la suspensión del régimen de visitas.

La concentración de competencia en los JVM y la acumulación procesal tienen como finalidad última la protección del ISM, principio recogido en el art. 2 de la LOPJM, y en el art. 3.1 de la CDN, como ya ha sido estudiado en el capítulo “*El interés superior del menor y la protección jurídica del mismo*”. Por tanto, en los procedimientos de guarda y custodia en los que se vea implicada la VIOGEN, debe priorizarse en todo momento la estabilidad y

seguridad de los menores afectados, adoptando las medidas judiciales necesarias para alejarlos de entornos de riesgo, conforme autoriza el art. 158 del CC.

En suma, la presencia de VIOGEN en procedimientos de guarda y custodia exige una respuesta procesal especializada que permita proteger de manera efectiva a los menores. A través de la atribución competencial a los JVM y la posibilidad de acumular acciones civiles y penales, el legislador configura un sistema destinado a garantizar una tutela integral y coordinada, en línea con el principio del ISM. Esta regulación busca asegurar que las decisiones judiciales prioricen la protección frente al riesgo, proporcionando a los menores un entorno seguro y estable, conforme a lo previsto en el art. 158 CC.

3.5.2. FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA JUECES Y PROFESIONALES DEL ÁMBITO FAMILIAR.

La especialización judicial en materia de violencia de género ha sido reconocida como un pilar básico para garantizar una adecuada tutela de las víctimas. El art. 43 de la LOMPIVG establece expresamente la obligación de que los jueces, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, funcionarios judiciales, miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, y demás profesionales que participen en los procesos, deberán contar con una formación específica en igualdad, violencia de género y protección de los derechos de la infancia. Este deber se refuerza con lo dispuesto en el art. 11 de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, que impone una obligación de formación continua para jueces y profesionales que intervengan en procedimientos que afecten a menores, con especial énfasis en la detección de situaciones de violencia y en la escucha activa al menor.

En línea con ello, en cumplimiento de lo anterior y con el Pacto de Estado contra la Violencia Doméstica y de Género, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial ha aprobado el diseño del curso obligatorio sobre formación en perspectiva de género, al que ya constaban abundantes inscripciones de magistrados y magistradas en el año 2019. Con esta medida, el CGPJ da cumplimiento tanto a los compromisos asumidos en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género como a lo dispuesto en la LOPJ, que, tras su última modificación, exige en su

art. 433 bis como requisito para participar en pruebas de especialización la acreditación de haber recibido formación en perspectiva de género (Consejo General del Poder Judicial, 2019⁸⁹).

La jurisprudencia ha hecho eco de esta exigencia, pues el TS configura el ISM como un “*principio precisado de un estándar de motivación reforzada*” de lo que cabe deducir la exigencia de razonabilidad y especificación perseguible mediante una formalización en la materia (STS 129/2024, de 5 de febrero). A ello se suma la doctrina del TC, que recuerda que el ISM actúa como principio rector del derecho de familia (STC nº 141/2000, de 21 de mayo y STC nº 113/2021, de 31 de mayo).

En definitiva, la formación especializada de los operadores jurídicos en materia de VIOGEN y protección de la infancia constituye una exigencia legal y práctica imprescindible para garantizar la correcta tutela judicial de las víctimas. Tanto la normativa interna como el desarrollo jurisprudencial reciente refuerzan la necesidad de una capacitación continua y especializada, como garantía del respeto al principio del ISM y de la adecuada aplicación de la perspectiva de género en el ámbito judicial.



⁸⁹Consejo General del Poder Judicial. (2023, marzo 9). *El CGPJ aprueba el diseño del curso de formación obligatoria sobre perspectiva de género, que ya han solicitado cerca de mil magistrados* [Nota de prensa]. Dirección de consulta: <https://www.poderjudicial.es/>. Fecha de consulta: 5 de abril de 2025.

4. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

1. OBJETIVOS

El objetivo principal de este trabajo es analizar el impacto de la violencia de género en la custodia de los menores en el ordenamiento jurídico español. Los objetivos específicos son:

1. Estudiar el concepto y las manifestaciones de la violencia de género según la legislación vigente, y cómo esta afecta tanto a las mujeres como a los menores.
2. Analizar el marco normativo y las modificaciones legislativas, en particular las relacionadas con el Código Civil y la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que afectan a los procedimientos de guarda y custodia de menores.
3. Identificar las dificultades procesales y jurídicas que enfrentan los tribunales en la aplicación de las leyes de custodia cuando hay indicios de violencia de género.
4. Proponer mejoras normativas y judiciales que puedan mejorar la protección del menor en los procedimientos de custodia en contextos de violencia de género.

2. HIPÓTESIS

A partir del análisis de la normativa, jurisprudencia y doctrina, se plantea la siguiente hipótesis:

1. La violencia de género tiene un impacto directo en la salud emocional y psicológica de los menores, tanto cuando son víctimas directas como cuando son testigos de violencia en su entorno familiar.
2. A pesar de la existencia de mecanismos legales para la protección de los menores, el artículo 92.7 del Código Civil presenta ambigüedades que afectan la aplicación de la custodia compartida en casos de violencia de género.
3. La falta de formación especializada en los tribunales y la inexistencia de una coordinación eficiente entre los juzgados de violencia de género y los de familia dificultan una correcta aplicación del principio del interés superior del menor (ISM) en los procedimientos de custodia.

5. METODOLOGÍA

La metodología empleada en este trabajo es de carácter jurídico y cualitativo, basada en el análisis documental y el estudio de las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales relacionadas con la violencia de género y la custodia de menores. Las herramientas metodológicas empleadas son las siguientes:

1. **Revisión de la normativa vigente:** Se realiza un estudio detallado de las leyes relacionadas con la violencia de género y la custodia de menores, principalmente la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y el Código Civil, en particular los artículos que regulan el régimen de custodia (art. 92 y 92.7).
2. **Análisis jurisprudencial:** Se examinan las sentencias relevantes del Tribunal Supremo y otras instancias judiciales que abordan la custodia de menores en situaciones de violencia de género, con el fin de observar cómo se aplica la legislación y qué criterios siguen los tribunales para garantizar el bienestar de los menores.
3. **Revisión doctrinal:** El trabajo incorpora una revisión de las opiniones doctrinales de expertos en derecho de familia y violencia de género, con el fin de evaluar las propuestas y críticas más relevantes sobre la normativa vigente y su aplicación en casos de custodia.

Asimismo, el trabajo se basa en el **método deductivo**, partiendo de la normativa general y aplicándola a casos específicos de custodia de menores en situaciones de violencia de género. Este enfoque permitirá evaluar la coherencia y efectividad de las leyes en la protección del menor.

La metodología propuesta busca ofrecer una visión crítica y exhaustiva de la normativa, la jurisprudencia y la doctrina, con el objetivo de identificar posibles vacíos legales y proponer soluciones que fortalezcan la protección del menor.

6. RESULTADOS

El análisis de la normativa, jurisprudencia y doctrina ha permitido identificar los siguientes resultados clave en relación con los procedimientos judiciales de custodia de menores en contextos de violencia de género:

- 1. Impacto de la violencia de género en los menores:** Se ha constatado que los menores expuestos a violencia de género, tanto como víctimas directas como testigos de la violencia, experimentan un impacto emocional y psicológico significativo. La violencia de género afecta su bienestar y su desarrollo emocional, social y cognitivo. Los menores expuestos pueden desarrollar trastornos como ansiedad, depresión, dificultades en las relaciones sociales y la reproducción de patrones de comportamiento agresivos que pueden afectar su futura integración social.
- 2. Custodia compartida en contextos de violencia de género:** Aunque el sistema jurídico español establece la custodia compartida como la opción preferente en casos de separación de progenitores, este régimen es restringido en situaciones de violencia de género, pues el artículo 92.7 del Código Civil impide la custodia compartida en situaciones de violencia doméstica. No obstante, la interpretación de los indicios fundados de violencia sigue siendo ambigua, lo que genera decisiones contradictorias entre tribunales. Esta falta de claridad en la legislación sobre la naturaleza de los indicios y su peso en la determinación de la custodia compartida genera incertidumbre y puede afectar la protección efectiva del menor.
- 3. Régimen de visitas en casos de violencia de género:** en relación con el régimen de visitas, se ha identificado que, aunque los tribunales pueden establecer visitas supervisadas en casos de violencia de género, estas decisiones no siempre son consistentes. El artículo 92.7 del Código Civil establece que, en situaciones de violencia, el régimen de visitas puede ser modificado o suspendido, pero la normativa no especifica de manera clara los criterios para su establecimiento, ni en qué condiciones los progenitores acusados de violencia pueden mantener un régimen de visitas regular. Esto genera situaciones en las que, a pesar de los indicios de violencia, se permite que el menor tenga contacto con el progenitor agresor sin una supervisión adecuada, lo que

compromete su seguridad y bienestar. Las decisiones sobre visitas deben ser especialmente cuidadosas en estos contextos, garantizando que el contacto entre el menor y el progenitor agresor no cause más daño psicológico.

4. **Interés superior del menor como principio rector:** A lo largo del análisis de la jurisprudencia, se ha observado que los tribunales priorizan el interés superior del menor en la toma de decisiones sobre la custodia, sin embargo, en algunos casos este principio no se aplica de manera exhaustiva. Aunque los tribunales reconocen que el bienestar del menor debe prevalecer, las decisiones judiciales en casos de violencia de género a menudo dependen de la interpretación de los informes periciales, las pruebas presentadas y el grado de cooperación entre los progenitores, lo que puede generar una aplicación desigual del principio del interés superior del menor. La jurisprudencia refleja una tendencia a considerar la custodia compartida como un derecho del menor, pero en situaciones de VIOGEN, se percibe una lucha por equilibrar el derecho de los menores a mantener una relación con ambos progenitores y la necesidad de protegerlos de posibles daños derivados de la violencia.

5. **El derecho del menor a ser escuchado:** Un hallazgo importante del análisis es que, aunque el derecho del menor a ser escuchado está reconocido por la legislación, especialmente en el artículo 9 de la Ley Orgánica 8/2021, así como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en otros textos normativos del ordenamiento jurídico español como el Código Civil o Ley de Enjuiciamiento Civil, no siempre se garantiza su cumplimiento efectivo en los procedimientos judiciales de custodia. Este derecho implica que los menores deben ser escuchados en aquellos procedimientos que les afectan directamente, siempre que su edad y madurez lo permitan. Sin embargo, en muchos casos, este derecho no se ejerce de manera adecuada, ya que la percepción sobre la madurez del menor varía según el juez y no siempre se asegura que el menor tenga la oportunidad de expresar su opinión de manera independiente y sin presiones externas. Además, no siempre se realizan las entrevistas o evaluaciones necesarias para garantizar que los deseos del menor sean tenidos en cuenta de manera coherente con su bienestar.

- 6. Dificultades procesales y jurídicas:** A pesar de la normativa existente, se han identificado dificultades en la aplicación coherente de las leyes relacionadas con la custodia de menores en casos de violencia de género. La ambigüedad del artículo 92.7 del Código Civil sobre los "indicios fundados" de violencia y la falta de formación especializada de los jueces en casos de violencia de género han generado incertidumbre en la toma de decisiones judiciales. Además, la falta de una coordinación eficiente entre los tribunales de violencia de género y los de familia contribuye a retrasos en las decisiones y, en ocasiones, a la adopción de medidas que no responden de forma inmediata a las necesidades del menor.



7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El presente trabajo ha permitido analizar en profundidad cómo la violencia de género afecta los procedimientos judiciales de custodia de menores en el ordenamiento jurídico español. A través de la revisión de la normativa vigente, la jurisprudencia y la doctrina, se ha podido constatar que la violencia de género tiene un impacto significativo no solo en los adultos involucrados, sino especialmente en los menores, quienes experimentan efectos emocionales y psicológicos graves, ya sea como víctimas directas de la violencia o como testigos de estos actos. La legislación española, en principio, reconoce la necesidad de proteger a los menores en situaciones de violencia de género, especialmente a través de principios como el interés superior del menor, el cual debería prevalecer en todas las decisiones judiciales. Sin embargo, a pesar de contar con un marco legal que busca garantizar esta protección, se identificaron varias dificultades y vacíos legales en la aplicación de estas normativas. En particular, la ambigüedad en la interpretación de ciertos preceptos, como el artículo 92.7 del Código Civil, ha generado incertidumbre en los tribunales sobre cómo proceder en casos donde hay indicios de violencia de género, especialmente en lo que respecta a la custodia compartida y el régimen de visitas.

Asimismo, el trabajo también ha revelado la importancia de considerar el derecho del menor a ser escuchado, una herramienta fundamental para que los menores puedan expresar sus opiniones y deseos, especialmente cuando se encuentran en situaciones de alta vulnerabilidad. No obstante, se ha observado que este derecho no siempre se garantiza de forma efectiva, lo que limita su implementación en los procedimientos judiciales. No obstante, a pesar de estas dificultades, es claro que los tribunales siguen buscando garantizar la protección de los menores en estos procedimientos, aunque la falta de claridad normativa y la insuficiencia de formación especializada en violencia de género siguen siendo barreras importantes.

De este modo, del estudio realizado cabe poner de manifiesto las siguientes **PROPUESTAS DE REFORMA:**

A. PROTOCOLO DE EVALUACIÓN FORENSE PRECEPTIVO

Una reforma que podría mejorar significativamente la protección de los menores es la creación de un protocolo de evaluación forense obligatorio para todos los casos en los que se discute la custodia de menores en situaciones de violencia de género. Pese a que la legislación vigente prevea el uso de informes periciales, la evaluación forense implica un análisis más estructurado y protocolizado, con el fin de establecer un diagnóstico detallado sobre la situación de la víctima (en este caso, el menor) en el contexto de un proceso judicial. Este protocolo incluiría evaluaciones psicológicas, sociales y familiares realizadas por profesionales especializados en violencia de género y derechos de los menores. La evaluación forense podría ser mandatoria para determinar el impacto de la violencia en el menor y ayudaría a los tribunales a tomar decisiones más informadas y alineadas con el interés superior del menor. Esto también contribuiría a evitar que las decisiones se basen únicamente en los relatos de las partes involucradas, asegurando que el menor sea evaluado de manera integral.

B. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 92.7 DEL CÓDIGO CIVIL.

Un aspecto crucial que ha surgido a lo largo del análisis es la ambigüedad del artículo 92.7 del Código Civil, que establece que la custodia compartida no procederá cuando existan indicios de violencia doméstica o cuando el progenitor esté involucrado en un proceso penal. Sin embargo, el precepto no especifica si para la denegación de la custodia compartida o régimen de visitas es necesario que exista una sentencia firme que declare culpable al progenitor acusado de violencia de género o si basta con denuncias o indicios preliminares de violencia. Este vacío normativo crea incertidumbre y genera decisiones judiciales contradictorias, ya que algunos tribunales podrían considerar que los indicios son suficientes para suspender el régimen de custodia compartida, mientras que otros podrían esperar una sentencia firme antes de tomar medidas. Esto puede resultar en situaciones donde los menores continúan en un entorno potencialmente peligroso mientras se resuelve el proceso judicial, lo que claramente va en contra del interés superior del menor.

De este modo, con el fin de proporcionar mayor seguridad jurídica y proteger adecuadamente a los menores, se propone una reforma del artículo 92.7 del Código Civil que incluya las siguientes modificaciones:

- **Clarificación sobre la necesidad de una sentencia firme:** establecer de manera explícita que la custodia compartida solo podrá ser denegada cuando exista una

sentencia firme que declare al progenitor culpable de violencia de género. Esto evitaría que las decisiones judiciales se basen únicamente en denuncias o indicios sin pruebas definitivas, garantizando que el derecho a la custodia no se vea afectado sin la debida fundamentación legal.

- **Medidas cautelares de protección temporal:** en caso de existir indicios fundados de violencia de género, se propone que se adopten medidas cautelares de protección temporal, como la suspensión provisional del régimen de custodia compartida o de visitas, mientras se resuelve el caso judicial. Esto permitiría garantizar la protección inmediata del menor sin necesidad de esperar una sentencia firme, cuando los indicios de violencia son suficientemente graves.
- **Evaluación exhaustiva del impacto de la violencia en el menor:** tal y como ha sido puesto de manifiesto en la propuesta antedicha, introducir una evaluación integral y exhaustiva del impacto de la violencia de género en el menor antes de decidir sobre la custodia compartida o el régimen de visitas. Esta evaluación debería ser realizada por profesionales especializados en psicología infantil y violencia de género, y servir como base para la toma de decisiones judiciales que prioricen el bienestar del menor.
- **Fortalecimiento de la formación judicial y coordinación interinstitucional:** es crucial mejorar la formación continua de jueces, fiscales y demás profesionales del ámbito familiar en materia de violencia de género y los efectos de la misma en los menores. Además, es importante fortalecer la coordinación entre los tribunales de violencia de género y los de familia, para asegurar que las decisiones sean consistentes y alineadas con el interés superior del menor.

C. EVALUACIÓN PERIÓDICA DE LA EFECTIVIDAD DEL RÉGIMEN DE VISITAS

A efectos de salvaguardar el interés superior del menor y para evitar todo error judicial que afecte al menor, se podría implementar un sistema de evaluación periódica de la efectividad del régimen de visitas. Esta evaluación sería realizada por un equipo de psicólogos infantiles y trabajadores sociales, quienes analizarían el impacto emocional del régimen de visitas en el menor y sugerirían ajustes si se detecta que el contacto con el progenitor agresor sigue teniendo un impacto negativo en su bienestar. Las evaluaciones

permitirían que los tribunales tomen decisiones informadas sobre si continuar, modificar o suspender el régimen de visitas.

Estas reformas propuestas contribuirían a clarificar la normativa, garantizando decisiones judiciales más coherentes, eficaces y unificadas que protejan adecuadamente el bienestar de los menores en situaciones de violencia de género. La implementación de estas modificaciones reforzarían la eficacia del sistema legal y asegurarían una mayor protección para los menores involucrados en estos procesos, alineándose con los estándares internacionales de derechos humanos y protección infantil.

En resumen, este trabajo ha permitido evidenciar las dificultades que presenta la legislación española en cuanto a la protección del menor en procedimientos de custodia relacionados con la violencia de género. A pesar de los esfuerzos por garantizar su bienestar, persisten ambigüedades legales y desafíos prácticos que deben ser abordados para asegurar una protección más efectiva. Las reformas propuestas buscan proporcionar mayor claridad y coherencia en las decisiones judiciales, alineando la normativa con el interés superior del menor.



8. BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y WEBGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

Acuña San Martín, M. (2013). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio* [Tesis doctoral]. Universidad de Zaragoza.

Alcántara López, M. V. (2010). *Las víctimas invisibles: Afectación psicológica en menores expuestos a violencia de género* [Tesis doctoral]. Universidad de Murcia.

Alcántara, M.^a V., López-Soler, C., Castro, M., & López, J. J. (2013). *Alteraciones psicológicas en menores expuestos a violencia de género: Prevalencia y diferencias de género y edad* [Artículo]. *Psicothema*, 25 (3).

Alegre Hernando, A. (2016). *Una mirada sistémica sobre la violencia de género en la pareja: Del ámbito privado al ámbito social y de lo individual a lo familiar* [Trabajo final de formación]. Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar.

Almeida, T. C., Gonçalves, R. A., & Sani, A. I. (2008). *La agresividad en niños que testimonian la violencia de género* [Artículo]. Dirección de consulta: <https://www.redalyc.org/>. Fecha de consulta: 20 de marzo de 2025.

Aróstegui, J. (2013). *El impacto de la violencia de género en los hijos menores* [Artículo]. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (29).

Aznar Domingo, A., & Medina Álvarez, M. (2022). *La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales* [Artículo]. *El Derecho*.

Berrocal Lanzarot, A. I. (2023). *Guarda y custodia de los menores de edad no emancipados: situaciones de violencia de género y vicaria y de sustracción internacional de menores* [Artículo]. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (795).

Bustamante Zapata, J. E. (2018). *Consecuencias psicológicas y emocionales de los menores expuestos a la violencia de género en la pareja* [Tesis doctoral]. Universidad de Murcia.

Cano Linares, J. (2022). *Patria potestad y violencia doméstica: suspensión y privación* [Artículo]. Cuadernos de Derecho de Familia, (108). Aranzadi.

De la Rosa Cortina, E. (2019). *El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* [Artículo]. Revista de Derecho de Familia, (83).

Domínguez Reyes, J. F. (2018). *El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* [Artículo]. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (768). Base de datos vLex.

Escudero, A., Aguilar, L., & de la Cruz, J. (2008). *La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): "terapia de la amenaza"* [Artículo]. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 28(2).

Lagarde y de los Ríos, M. (1997). *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas* [Libro]. UNAM.

López Redón, C. (2016). *Evolución de la custodia monoparental a la custodia compartida: Análisis doctrinal y jurisprudencial* [Trabajo de fin de grado]. Universidad Autónoma de Barcelona.

López Romero, P. M., & Alonso Espinosa, F. J. (2015). *Custodia compartida e interés superior del menor* [Artículo]. *Diario La Ley*, (8556). Dirección de consulta: Base de datos La Ley. Fecha de consulta: 30 de abril de 2025.

Magro Servet, V. (2022, octubre 11). *Suspensión del régimen de visitas ante casos de violencia y posibles excepciones* [Artículo]. El Derecho. Dirección de consulta: <https://elderecho.com/>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025.

Martínez Calvo, J. (2019). *La guarda y custodia* [Libro]. Tirant lo Blanch.

Martínez Martínez, J. (2025). *A la sombra de la STS 257/2013: Últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre custodia compartida* [Comentario de sentencia]. Dirección de consulta: <https://superbiajuridico.es/>. Fecha de consulta: 20 de abril de 2025.

Pantaleón Prieto, F. (2020). *Derecho de familia: teoría y práctica* [Libro]. Aranzadi.

Pinto Andrade, C. (2009). *La Custodia Compartida* [Libro]. Bosch.

Ruiz-Rico Ruiz, C. (2022). *La especial transcendencia constitucional de la custodia compartida en el derecho español a través de la jurisprudencia* [Artículo]. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 55(164).

Valverde Martínez, M.^a J. (2020). *Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad* [Artículo]. Cuadernos de Derecho Transnacional, 12(2).

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

- STS núm. 579/2011, de 22 de julio (ECLI: ES:TS:2011:4924).
- STS núm. 835/2013, de 6 de febrero (ECLI: ES:TS:2014:247).
- STS núm. 257/2013, de 29 de abril (RJ\2013\3269).
- STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (ECLI: ES:TS:2013:5710).
- STS núm. 761/2013, de 12 de diciembre (ECLI: ES:TS:2013:5824).
- STS núm. 390/2015, de 26 de junio (ECLI: ES:TS:2015:2736).
- STS núm. 585/2015, de 21 de Octubre (ECLI: ES:TS:2015:4442).
- STS núm. 598/2015, de 27 de octubre (ECLI: ES:TS:2015:4452).
- STS núm. 680/2015, de 26 de noviembre (ECLI: ES:TS:2015:4900).
- STS núm. 36/2016, de 4 de febrero (Rec. 3016/2014).
- STS núm. 350/2016, de 26 de mayo (Rec. 2410/2015).
- STS núm. 11/2018, 11 de Enero (ECLI: ES:TS:2018:40).
- STS núm. 188/2018, de 18 de abril (ECLI: ES:TS:2018:1378).
- STS núm. 251/2018, de 25 de abril (ECLI: ES:TS:2018:1480).
- STS núm. 648/2020, de 30 de noviembre (ECLI: ES:TS:2020:4032).
- STS núm. 175/2021, de 29 de marzo (ECLI: ES:TS:2021:1226).

- STS núm. 545/2022, de 7 de julio (ECLI: ES:TS:2022:2783).
- Auto núm. 581/2023, de 11 de enero (ECLI:ES:TS:2023:581).
- STS núm. 1302/2023, de 26 de septiembre (ECLI: ES:TS:2023:3830).
- STS núm. 1645/2023, de 27 de noviembre (ECLI: ES:TS:2023:5273).
- STS núm.1682/2023, de 29 de noviembre (Rec.7647/2022).
- STS núm. 129/2024, de 5 de febrero (ECLI: ES:TS:2024:694).
- STS núm. 731/2024, de 27 de mayo (ECLI: ES:TS:2024:2896).
- STS núm. 981/2024 de 10 de julio (ECLI: ES:TS:2024:4147).
- STS núm. 573/2025, de 12 febrero (ECLI:ES:TS:2025:573).

Tribunal Constitucional

- STC núm. 141/2000, de 29 de mayo (ECLI:ES:TC:2000:141, BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000).
- STC núm. 185/2012, de 17 de octubre (Pleno, Rec Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006).
- STC núm. 113/2021, de 31 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:113, BOE núm. 161, de 07 de julio de 2021).

WEBGRAFÍA

Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* [Observación general]. Dirección de consulta: <https://www.refworld.org/>. Fecha de consulta: 2 de mayo de 2025.

Consejo General del Poder Judicial. (2023, marzo 9). *El CGPJ aprueba el diseño del curso de formación obligatoria sobre perspectiva de género, que ya han solicitado cerca de mil magistrados* [Nota de prensa]. Dirección de consulta: <https://www.poderjudicial.es/>. Fecha de consulta: 5 de abril de 2025.

Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. (2019). *Resumen ejecutivo del estudio “Menores y violencia de género”* [Informe]. Dirección de consulta: [Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género](#). Fecha de consulta: 5 de marzo de 2025.

Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. (2012). *Análisis sobre la macroencuesta de violencia de género 2011* [Informe]. Dirección de consulta: [Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género](#). Fecha de consulta: 5 de marzo de 2025.

El Derecho. (2024). *Régimen de visitas: establecimiento normalizado y supuestos de limitación, restricción o suspensión* [Artículo]. El Derecho. Dirección de consulta: <https://elderecho.com/>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025.

Instituto Nacional de Estadística (INE). (2024). *Violencia doméstica y violencia de género: Últimos datos*. Dirección de consulta: [INE. Instituto Nacional de Estadística](#). Fecha de consulta: 12 de marzo de 2025.

Iuristech Abogados.(s.f.). *La custodia ejercida por un tercero*. Dirección de consulta: <https://www.abogadosiuristech.com/>. Fecha de consulta: 21 de abril de 2025.

Legal i Família. (s.f.). *El derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos judiciales* [Artículo]. Dirección de consulta: [Legal&Família - Despatx d'Advocats](#). Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025.

Legal Today. (2022, enero 10). *El derecho del menor a ser escuchado en los procesos en los que se resuelva sobre guarda y custodia* [Artículo]. Dirección de consulta: [Información jurídica, noticias y artículos - Legal Today](#). Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025.

Observatorio de la Infancia. (2011). *Menores y violencia de género* [Informe]. Dirección de consulta: [Observatorio de la Infancia y Adolescencia de Andalucía \(OIAA\)](#). Fecha de consulta: 11 de marzo de 2025.

Organización de las Naciones Unidas. (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (Resolución A/RES/48/104)*. Dirección de consulta: [UN Human Rights Office](#). Fecha de consulta: 10 de marzo de 2025.