

ESTADO ACTUAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS ANTE SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO¹

Verdera Izquierdo, Beatriz,
Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares
beatriz.verdera@uib.es

RESUMEN

Mediante este trabajo se abordan una serie de cuestiones civiles que se derivan de los procesos de violencia de género, en particular, la guarda y custodia y el régimen de visitas, instituciones que se pueden ver afectadas por episodios de violencia de género en el hogar, lo que supondrá que el Juzgado de Violencia de Género deberá adoptar una serie de medidas al respecto. Nos cuestionamos el concepto "suspensión de la guarda y custodia" y "privación" o "inhabilitación" de la patria potestad, en la que se diferencia entre titularidad y ejercicio. Asimismo, tratamos la guarda y custodia compartida ante la violencia de género, para concluir con una referencia a los Puntos de Encuentro Familiar que son lugares por los que se facilitan las entregas y recogidas o, las visitas al progenitor no custodio y que, en los últimos tiempos, están cobrando un verdadero protagonismo.

PALABRAS CLAVE

Igualdad, violencia de género, guarda y custodia, derecho de visitas, orden de protección, puntos de encuentro familiar.

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación "El principio de igualdad ante el Derecho Privado" (DER2010-18053). Investigadora Principal: Dra. Beatriz Verdera Izquierdo.

ESTADO ACTUAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS ANTE SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

I. Introducción. Violencia de género y desigualdad

En las próximas líneas nos centramos en las consecuencias civiles que se producen en supuestos de violencia de género en el seno familiar, lo que conlleva una serie de medidas a adoptar respecto de los menores. En particular, en la asunción de competencias civiles por los Juzgados de violencia contra la mujer que nos sitúa ante el art. 87 ter, párrafo tercero de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial que debe su redacción al art. 44 Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LMPIVG)².

El tema de la violencia de género está íntimamente relacionado con la situación de desigualdad entre hombres y mujeres, en este sentido el Dictamen de 16 de marzo de 2006 del Comité Económico y Social Europeo sobre la violencia doméstica contra las mujeres hace reiteradamente referencia a la igualdad:

- punto 1.1.: "Puesto que el origen de esa violencia se encuentra en el reparto desigual de poder entre hombres y mujeres que sigue caracterizando a nuestra sociedad."
- punto 1.2.: "Todos los Estados que ya sean miembros o quieran ser miembros de la UE deberán garantizar entre sus condiciones básicas y requisitos mínimos la seguridad y la igualdad de trato para las mujeres como componentes integrantes de los derechos humanos."

² Art. 44.2 LMPIVG: "Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción 2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de los siguientes asuntos:

- a. Los de filiación, maternidad y paternidad.
 - b. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio
 - c. Los que versan sobre relaciones paterno filiales
 - d. Los que tengan por objeto la adopción y modificación de medidas de trascendencia familiar
 - e. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores
 - f. Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción
 - g. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:
- a. Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materia indicados en el número 2 del presente artículo
 - b. Que alguna de las partes en el proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a del presente artículo.
 - c. Que alguna de las partes en el proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
 - d. Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género."

- punto 1.3.2: "Teniendo en cuenta que la violencia doméstica contra las mujeres no sólo refleja la desigualdad entre hombres y mujeres sino que también la crea, el CESE pide a la Comisión que, sobre la base de las disposiciones vigentes del Tratado, elabore una estrategia global para combatir este problema."
- punto 1.3.4: "La violencia doméstica es principalmente un problema de igualdad entre hombres y mujeres ("gender equality")."
- punto 2.1.5.: "Lo que está claro es que la forma y la magnitud de la violencia de los hombres contra las mujeres depende de la existencia de estructuras de dominio patriarcal y, sobre todo, del papel que desempeñan los sexos en las sociedades en cuestión. La violencia de los hombres contra las mujeres es un fenómeno cuyas causas directas se encuentran en las estructuras sociales, en este caso en la desigualdad entre hombres y mujeres. La falta de igualdad entre hombres y mujeres es igualmente una de las causas por las que este tipo de violencia no es objeto de investigación, prevención y represión suficientes. Esto significa que los procesos sociales que fomentan la igualdad de oportunidades y la equiparación entre hombres y mujeres, y que promueven el reconocimiento de derechos y libertades iguales para las mujeres han contribuido decisivamente a reducir la violencia doméstica."
- Punto 2.3.9.2.: "Desde muy pequeños habrá que enseñar a los niños (de ambos sexos) que los niños y niñas (hombres y mujeres) valen lo mismo, tienen los mismos derechos y obligaciones, así como las mismas oportunidades. Esta educación de la igualdad deberá tener continuidad a lo largo de toda la formación escolar y de la vida como adultos."

El artículo 1 de la LMPIVG al establecer su objeto recalca el hecho de la discriminación y circunscribe el ámbito de la ley a la actuación "contra 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 similares de afectividad, aun sin convivencia."³ Es sabido que la problemática que conlleva la violencia doméstica se debe perseguir y atajar desde el punto de vista penal, pero con toda una serie de medidas civiles de carácter complementario⁴. De esta forma se conseguirá una actuación conjunta y global sin necesidad de que la víctima acuda a los juzgados de instrucción y a los juzgados de instancia lo que suponía, en ciertas ocasiones, pérdida de tiempo y en algunos casos contradicción o incongruencia en las medidas adoptadas⁵.

En todo este entramado se deberán tener en cuenta las distintas leyes autonómicas que regulan la materia⁶. Asimismo, para abordar las consecuencias civiles de dicha lacra social se debe

³ Véase: GARCÍA RUBIO, M^a Paz, "El marco civil en la violencia de género", en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 158, quien pone de relieve que el concepto de violencia de género recogido en las distintas leyes autonómicas que regulan el tema es mucho más amplio.

⁴ Véase: RIBOT IGUALADA, Jordi, "Prevención de malos tratos familiares: ¿un papel para el derecho civil?", *Diario La Ley*, 2001, nº 6, p. 1487.

⁵ De esta manera como manifiesta GARCÍA RUBIO, "El marco civil...cit.", p. 155, se evita lo que se ha llamado la "victimización secundaria que genera la peregrinación judicial"

⁶ Tal es el caso de la Ley 22/2002, de 2 de julio de medidas integrales contra la violencia sexista de Navarra; la Ley 1/2004, de 1 de abril de violencia de género de Cantabria; Ley 5/2005, de 20 de diciembre de violencia de género de Madrid; Ley 4/2007, de 22 de marzo de violencia de género de Aragón; Ley 11/2007, de 27 de julio, de violencia de género de Galicia; Ley de Andalucía 13/2007, de 26 de noviembre, de prevención y protección integral contra la violencia de género; Ley 5/2008, de 24 de abril, de derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña; Ley 13/2010, de 9 de diciembre de violencia de género de Castilla y León; Ley 2/2011, de 11 de marzo

acudir a la Ley 27/2003, de 31 de julio por la que se regula la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica siendo, como establece la Exposición de Motivos de la Ley, un: "rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil."

Dicha ley reguladora de la orden de protección concreta en el art. 2, por el que se añade un nuevo artículo 544 ter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en particular, el apartado 7, en relación a las medidas de naturaleza civil, que: "Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en ... determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios." Tal precepto además de concretar el carácter dispositivo de las medidas civiles supone que "si son solicitadas las medidas civiles y no ha recaído resolución civil al efecto podrá adoptar las que considere oportunas el juez penal; si ya existen medidas civiles, únicamente podrá el juez acomodar lo dispuesto en la resolución civil a las medidas penales acordadas en la orden de protección y sólo cuando exista una situación de peligro o perjuicio para el menor podrá, al amparo del artículo 158 del Código Civil, dejar sin efecto lo resuelto en la jurisdicción civil"⁷. Así, se adoptarán una serie de medidas civiles en la orden de protección de carácter provisional que tendrán una vigencia de 30 días, en tanto no se inicie el correspondiente proceso de familia, en tal caso se mantendrán otros 30 días⁸, pudiendo persistir con posterioridad de acuerdo con el art. 69 LMPVIG.

Las medidas a adoptar en la orden de protección, art. 544 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal, se asemejan a las recogidas en los artículos 103 y 104 Cc (medidas provisionales y provisionalísimas), aunque, disponen de un ámbito más amplio⁹.

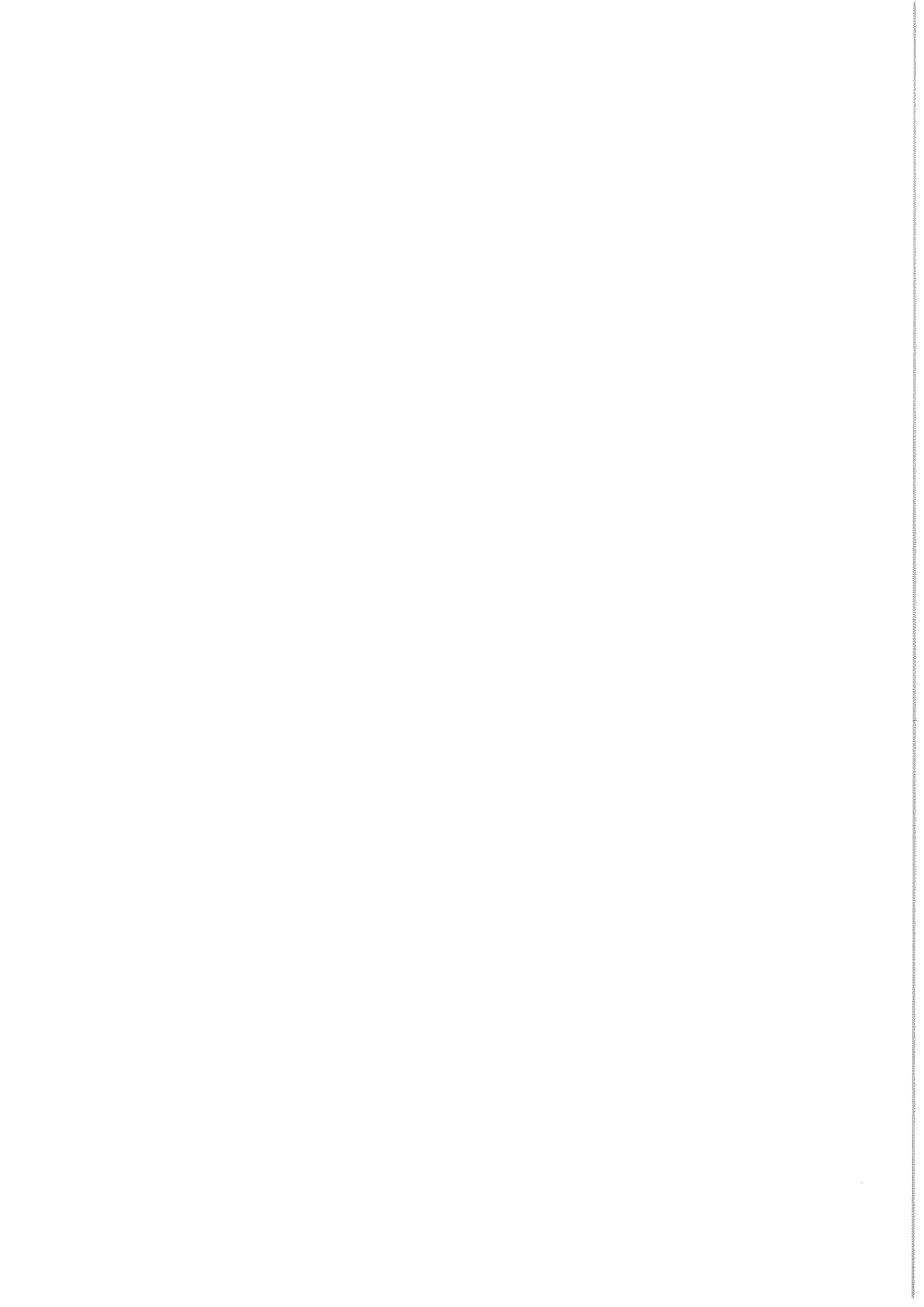
Y, por último, también se debe hacer referencia a alguna de las modificaciones recogidas en el Código Civil a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil en materia de separación o divorcio que afectan a supuestos de violencia de género. De acuerdo con el art. 158.4 Cc se pueden adoptar una serie de medidas cautelares con el objeto de salvaguardar la

para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género de Asturias; Ley 8/2011, de 23 de marzo de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura; Ley 3/2011, de 23 de marzo de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia de La Rioja.

⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género", en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Monserrat de Hoyos Sancho (directora), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 207.

⁸ Art. 544 ter.7. Ley de Enjuiciamiento Criminal: "Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente."

⁹ Véase SOLÉ RESINA, Judith, "El papel del Derecho civil en la lucha contra la violencia de género", *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, p. 1806.



supone la posibilidad de su restauración en tanto cese la causa que la motivó y, tiene un carácter cautelar debiéndose ponderar las circunstancias concurrentes en casa supuesto¹³.

Incluso, nos podemos encontrar ante aquellos casos en que la guarda y custodia sea necesario encomendarla a un tercero (que en muchos casos son los abuelos) o una institución, art. 103.1.2do Cc: "Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez." Que también quedaría englobado en el art. 65 LMPiVG, debido a que alude a los menores con carácter general.

La suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia se adoptará en la correspondiente orden de protección o en una orden de alejamiento (art. 544 bis LECrim¹⁴) que por su propia configuración la llevará implícita. La posible adopción de dichas medidas por los Juzgados de Violencia contra la mujer, en relación con los hijos puede conllevar que se haga pivotar la decisión del Juez sobre el interés de la mujer que ha sido objeto de violencia de género, cuando es sabido que dichos procesos en los que intervienen menores deben tener como guía exclusiva su interés. Así, se postula la conveniencia de concretar una legislación particular para los casos de violencia ejercida contra niños/as en que debe regir el principio del interés del menor¹⁵.

En relación a la guarda y custodia, en el ámbito penal, debemos acudir al art. 224.2 Código Penal, que determina la inhabilitación de la patria potestad para: "el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecida por la autoridad judicial o administrativa" o, el art. 622 del Código Penal: "Los padres que sin llegar a incurrir en delitos contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses."

2. Suspensión de la guarda y custodia versus privación o inhabilitación de la patria potestad

La suspensión de la guarda y custodia no supone privación de la titularidad de la patria potestad o alteración de las responsabilidades respecto de los hijos. Al tratar la patria potestad se debe diferenciar entre la titularidad y ejercicio y, tal ejercicio, corresponderá al progenitor a quien se le atribuya la guarda y custodia. Aunque, es sabido que se puede otorgar de manera compartida, en tal caso, el progenitor que tenga consigo al menor dispondrá en dicho período del ejercicio de la patria potestad¹⁶.

¹³ En este sentido GUTIÉRREZ ROMERO, op. cit., p. 3.

¹⁴ Art. 544 bis LECriminal: "En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o el Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas."

¹⁵ En este sentido, GARCÍA RUBIO, M^a Paz, "Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de protección", *Diario La Ley* 2004-3, p. 1911.

¹⁶ Véase: VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "El ejercicio de la patria potestad en igualdad de condiciones. Valoración de la custodia compartida", en *Mujeres, contratos y empresa*, 2011, en prensa; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Madrid, 2007.

En cualquier caso, no se deben confundir los supuestos de no concesión o suspensión de la guarda y custodia con los de privación de la patria potestad. Puede ser que un progenitor se encuentre incapacitado para llevar a cabo la guarda de un menor, pero no por ello se le privará de la patria potestad.

Con anterioridad a la reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se regulaba junto a la privación de la patria potestad otra figura como era la suspensión de la patria potestad, así tenía un carácter inferior o más leve a la privación, al tener un carácter temporal. A partir de la reforma operada por dicha ley se suprime del Código Civil el término suspensión para hacer referencia exclusivamente a la privación, aunque se diferencia entre la privación total o parcial, equiparándose esta última a la suspensión. Con posterioridad otras leyes han hecho mención a la suspensión, tal es el caso de la Ley 13/1983, de 24 de octubre en materia de tutela que alude a la privación en sede de tutela, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre introduce una referencia a la privación de la patria potestad en el art. 1828.2 LEC de 1881 en los casos de constitución del acogimiento y, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor al tratar la tutela automática aborda la suspensión de la patria potestad. Así, en la actualidad se recoge la suspensión de la patria potestad en el Código Civil en el supuesto contemplado en el art. 172.1 *in fine*.

En el ámbito Penal se distingue entre la "inhabilitación" y la "privación" de la patria potestad. La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal crea la pena de privación de la patria potestad; al respecto el Preámbulo de dicha Ley establece: "Esta nueva pena tendrá el carácter de principal en los supuestos previstos en el artículo 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido." En particular el art. 33.7.2 Código Penal concreta: "Son penas graves: j: La privación de la patria potestad." El art. 39 Código Penal establece: "Son penas privativas de derechos: ...j) La privación de la patria potestad...".

Y, el art. 46 Código Penal: "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas." Aunque tal como establece la STS de 15 de diciembre de 2010 (RJ 160) de acuerdo con la redacción del art. 46 Código Penal de 1995 que se puede hacer extensible a la regulación actual: "la imposición de esta pena no puede realizarse libérrimamente ... para imponer esta pena, el juez o tribunal deberá analizar su conveniencia atendiendo siempre al interés del menor, según las circunstancias de cada caso, para lo cual es necesario contar con elementos de juicio suficientes que muestren los perjuicios que pueden sufrir el menor de no privarse a su progenitor de la patria potestad, sin que a tal fin sea suficiente ni el argumento de gravedad del delito, por cuanto ello significaría penar doblemente un mismo hecho, dado que los elementos determinantes de la gravedad ya han sido valorados al imponer la pena correspondientes; ni tampoco atender al daño psíquico, afectivo o moral, etc., que, naturalmente, produce un hecho de esta naturaleza en los hijos menores, pues la privación de la patria potestad al padre no va a paliar o reducir esos daños, sino al contrario, probablemente los acrecienta. Para ello será necesario que existan elementos que lleven al convencimiento racional

de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor”.

Cabe diferenciar entre inhabilitación y privación de la patria potestad, en ambos casos el progenitor mantendrá sus deberes hacia los hijos, perdiendo sus derechos. Por tanto, a través de ambas instituciones se estará limitando o restringiendo su ejercicio pero, deberá cumplir los deberes. La privación supondrá extinción de la patria potestad en relación al sujeto privado de la misma manteniéndose la filiación y el régimen de visitas, siendo una nota diferenciadora con la inhabilitación la temporalidad de esta última¹⁷.

Aunque, la mayoría de supuestos de inhabilitación de la patria potestad del Código Penal, se podrían reconducir a los casos de privación contemplados en el Código Civil. A su vez, el Código Penal recoge la inhabilitación especial de la patria potestad como pena principal en el art. 153, referente a la violencia no habitual y, en el art. 173 CP, sobre la violencia habitual. En relación a dichos preceptos se plantearon sendas cuestiones de inconstitucionalidad resueltas respectivamente por la STC 83/2010, de 3 de noviembre y STC 77/2010, de 19 de octubre, se alegaba la vulneración del principio de igualdad al permitirse aumentar la pena en los casos en que la violencia fuera ejercida por un hombre sobre una mujer, ante esto el Tribunal Constitucional manifiesta que no se produce tal discriminación porque se sigue el criterio de la proporcionalidad del castigo.

Y, por último, cabe mencionar que los artículos 226 y 233 Código Penal establecen una pena especial y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, en relación con el delito de abandono de familia, menores e incapaces.

3. La guarda y custodia compartida ante supuestos de violencia de género

En la actualidad, se puede hablar de una guarda y custodia exclusiva o individual, partida, compartida o, alternativa¹⁸. Siendo, hasta la fecha, la más común la guarda y custodia exclusiva o individual aquella que se atribuye al progenitor al cuidado del cual se quedan los niños. Por la guarda partida se procede a otorgar unos hijos a un progenitor y otros hijos al otro progenitor, aunque, dicho sistema no cuenta con el beneplácito de la doctrina, porque supone la separación de los hermanos.

Todo ello nos sitúa ante el art. 92 Cc, que debe su actual redacción a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Al respecto, el apartado 5 de dicho precepto recoge la guarda y custodia compartida: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.”

Antes de la reforma de tal precepto se concedía, dicho tipo de guarda, ante casos concretos. Así, la SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 (AC 4941) después de citar normativa de derecho interno e internacional para fundamentar su decisión establece: “se hace necesario mantener

¹⁷ RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga, *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 156.

¹⁸ Como manifiesta SAN SEGUNDO MANUEL, “Las leyes civiles ante el maltrato”, en *Violencia de género. Una visión multidisciplinar*, Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 264, “Se puede compartir la responsabilidad o la patria potestad, pero en ningún caso la custodia. Si los padres están separados la custodia la ejerce uno u otro, pero no la comparten.”

como norte y meta de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño. En esta línea de "*favor filii*", debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores. El régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias al otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor. La regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente... Sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas."

Aunque, otras Audiencias eran contrarias a tal tipo de guarda, es el caso de la SAP de Valladolid de 13 de julio de 2004 (JUR 243901): "No nos imaginamos a la menor pasando una semana con el padre y otra con la madre, o un mes con cada uno de ellos; desde el punto de vista psicológico estamos seguros que no sería bueno para Lena, porque nunca llegaría a centrarse, por lo que esta solución la rechazamos de plano."¹⁹

A los efectos de poder otorgar este tipo de custodia es necesario que entre los progenitores exista un ambiente propicio a la misma, un adecuado entendimiento y comunicación fluida. En este sentido distintas sentencias la deniegan debido a que exige una permanente y absoluta colaboración y positiva comunicación entre los progenitores, SAP de Toledo de 2 de marzo de 2010 (JUR 144744); SAP de Madrid de 5 de noviembre de 2010 (JUR 36857); SAP de Murcia de 23 de septiembre de 2010 (JUR 354484); SAP de Santa Cruz de Tenerife 26 de abril de 2010 (JUR 418784). En cambio, la reciente Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven establece expresamente en el art. 5.2 que no es óbice para otorgar la custodia compartida "las malas relaciones entre ellos". Siendo, a mi juicio, un elemento o factor más a tener en cuenta pero no un impedimento para la atribución de tal tipo de guarda, porque en tanto el convenio regulador, resolución judicial, plan de parentalidad (Catalunya) o pacto de convivencia familia (Valencia) detallen las entregas, recogidas y el régimen, no hay obstáculo alguno para dicha custodia, pudiendo funcionar igual de bien o de mal, en su caso, que una custodia exclusiva.

En distintas leyes autonómicas se va imponiendo dicho tipo de guarda con carácter preferente es el caso de la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de padres en Aragón, con el objeto de la consecución de la igualdad material. En este sentido el Preámbulo de dicha ley establece: "Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores...se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres."

El Libro Segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a persona y familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), en el art. 233-10 aborda la atribución de la custodia y establece, con carácter

¹⁹ Al respecto véase: CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil*, nº3, 2004, p. 2479.

preferente, la concesión de la custodia de forma compartida, sin necesidad de informe previo del Ministerio Fiscal:

"1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.

2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo."

En el mismo sentido la Ley 5/2011, de 1 de abril de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Generalitat de Valencia, art. 5.2: "Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad."

En cambio, otras leyes no establecen una preferencia a favor de dicha custodia sino que se puede adoptar indistintamente la guarda compartida o individual, tal es el caso de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra, art. 3.1: "En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos."

Al igual que el Codice Civile, art. 155, reformado por la Ley nº54, de 8 de febrero de 2006, que establece la posibilidad de apreciar con carácter prioritario la custodia compartida ("affidamento condiviso") y en caso de no concederla deberá justificar tal medida. También, se debe tener en cuenta la Ley de reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias, Ley 2002-305, de 4 de marzo. Y, en Francia, el art. 373-2-11 Code civil, modificado por la Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002, establece una serie de criterios a tener en cuenta para la concesión.

El art. 92 Cc al tratar la guarda y custodia compartida hace referencia expresa a los supuestos de violencia de género en el procedimiento matrimonial: "7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica." Dicho precepto no cuenta con el favor de la doctrina por su generalidad, debido a que por el simple hecho de que un sujeto "esté incurso" o por la "existencia de indicios" no se podrá conceder la custodia compartida, atentando dicha redacción contra el principio constitucional de presunción de inocencia.

Al respecto la SAP de 12 de julio de 2010 (JUR 7415) desestima la concesión de la custodia compartida: "En esta segunda instancia se aportó, siendo admitida su unión a los autos, copia de sentencia de la Audiencia Provincial que revocó la sentencia condenatoria del recurrente dictada por el Juzgado de lo Penal y le absolvió de los delitos de malos tratos psíquicos y coacciones por los que había sido condenado, lo que ya redundaba en la improcedencia de la suspensión, aunque no obstante la absolución, por falta de prueba suficiente y, en parte, de antijuridicidad de la conducta, sigue rigiendo, fuera de las estrictas exigencias de la jurisdicción penal, la prescripción del segundo párrafo del art. 92.7 del Código Civil." Por el contrario, la SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006 (JUR 228244) concede tal tipo de custodia porque tal como establece la sentencia de 1ª instancia debido a la levedad de los hechos y la "sospechosa coincidencia temporal entre la reanudación de este procedimiento y la interposición de la denuncia...se considera que el proceso penal de referencia no constituye un obstáculo para establecer un régimen de custodia compartida, consiste en el entendimiento de que en modo alguno puede

considerarse que los hechos denunciados supongan un ataque contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que vivan con ambos. O sea, se considera que el proceso penal seguido contra el Sr. Cosme no es uno de los procesos penales referidos en el art. 92.7 del C. Civil."

En dicho precepto se deben distinguir dos supuestos, el primer inciso hace referencia a los casos de violencia de género, es decir, del hombre sobre la mujer, en cambio, el segundo inciso del precepto –con carácter más amplio- se refiere a los casos de violencia doméstica en general, es decir, ejercitada contra cualquier miembro del entorno familiar²⁰. Tales actos de violencia de género por sí mismos ya supondrían una causa para excluir la concesión de la custodia compartida al tratarse de situaciones especialmente relevantes e importantes que atentan directamente contra el interés de los menores.

En este sentido el Código Civil de Catalunya por el artículo 233-11.3 establece: "En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas." Si bien, se ha criticado el excesivo automatismo de dicha ley que no permite ponderar la situación concreta sino que determina imperativamente que "no puede atribuirse la guarda". De acuerdo con el derogado Codi de Família la STSJC de 25 de junio de 2009 (RJ 2369) concreta: "L'interès superior dels fills aconsella que una guarda i custòdia, que pot resultar molt beneficiosa en determinats casos, resulta desaconsellable en aquestes actuacions. En el supòsit examinat podem apreciar una conflictivitat extrema que es desprèn tant de les denúncies (desestimades) de maltractaments imputats a la mare per part de l'altre progenitor, com de la necessitat d'imposar coacticament el règim de guarda i visites per actuacions unilaterals contràries del pare, així com de la necessitat que durant unes setmanes haguessin de quedar sota la cura d'una tia".

También cabe citar la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra, art. 3.8: "No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

- a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.
- b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

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

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

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

²⁰ En este sentido GARCÍA RUBIO, "El marco civil...cit.", p. 169.

Este último punto de dicho artículo es muy loable porque ante la regulación contenida en el Código Civil nos podemos encontrar –tal como se está produciendo en la práctica- la existencia de denuncias falsas por parte de mujeres para evitar la custodia compartida y con ello conseguir la atribución de la vivienda y la consiguiente pensión por alimentos. Sobre el particular se pronuncian la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de julio de 2010 (JUR 7415); SAP de La Coruña de 20 de julio de 2008 (JUR 368106) y SAP de Castellón de 23 de octubre de 2007 (JUR 228244), entre otras.

Por último, la reciente Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Valencia, establece en el art. 5.6 con una redacción muy similar a la Navarra: “Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

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

III. El régimen de visitas ante supuestos de violencia de género

1. La suspensión del régimen de visitas

Con carácter inicial cabe apuntar que nos estamos refiriendo a la “suspensión” es decir, nos estamos situando ante supuestos en que se ha acordado un determinado régimen de visitas y a consecuencia de determinadas circunstancias especialmente graves y extraordinarias se ha acordado dicha suspensión. En caso de no concesión inicial de dicho régimen de visitas nos situaríamos ante una “exclusión” o “no concesión” de dicho régimen.

La suspensión del régimen de visitas debe tener un carácter excepcional y debe basarse en “graves circunstancias” concreta el Código Civil. A pesar de demostrarse el maltrato proferido a la madre, no se debe suspender automáticamente dicho régimen, sino que una vez que disponemos de convenio regulador o resolución judicial que determina el régimen de visitas se deberán ponderar todas las circunstancias concurrentes en el supuesto. En este sentido en las conclusiones del IV encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia de 2009 se acordó: “se prueba de forma mayoritaria que en tales casos no está justificado, sin más, la no fijación de visitas a favor del presunto maltratador ya condenado o la supresión de las visitas que ya viniera disfrutando.” Y, también lo indicaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005.

De acuerdo con el art. 94 Cc: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.” En el proceso de familia se deben adoptar aquellas medidas necesarias para evitar cualquier tipo de perjuicio a los hijos.

Ahora bien, la suspensión del régimen de visitas se debe realizar con suma cautela y no de forma automática por la existencia de violencia de género.

El derecho de visita se configura como un derecho-deber que tiene como finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su desarrollo, siempre condicionado al interés del menor. Al respecto la STC 176/2008, de 22 de diciembre establece: "Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuye al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos."

En los últimos tiempos se intenta desterrar el término "derecho de visitas" por considerarse que tiene connotaciones negativas o peyorativas para el progenitor simplemente visitante, por ello se aboga por la utilización del término "relaciones personales" como realiza el Código Civil de Cataluña o el término "relaciones familiares" de la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan. Aunque a pesar de la reforma del Código Civil operada en 2005 se sigue utilizando tal término. Sabido es que no es un derecho absoluto sino que se encuentra subordinado al beneficio e interés de los hijos. En este sentido se expresa la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, art. 9.3: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"; la Resolución A-3-0172/92 de 18 de julio, aprobó la Carta Europea de Derechos del Niño, en particular el art. 14 establece: "En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño" y, el art. 24.3 de dicha carta: "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses" y, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que establece como principio superior en esta materia el interés del menor, arts 2 y 11.2 a).

Antes de la aprobación de la LMPiVG se disponía de un mecanismo para limitar o suspender el régimen de visitas como era el segundo inciso del artículo 94, transcrito anteriormente; también era posible establecer la suspensión del régimen de visitas, de forma cautelar, de acuerdo con el art. 158.4 Cc: "El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 4º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios."

Si bien, la LMPiVG trata de concretar y perfilar el tema ante supuestos de violencia de género. Y, en particular el art. 66 LMPiVG dispone: "El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes." De acuerdo con el tenor del precepto, se podrá acordar la suspensión del régimen de visitas otorgado a los abuelos (art. 94.2 y 160.2 Cc) al referirse a los "descendientes", en tanto el inculcado disponga de dicho régimen. Aunque, se debe apuntar que el derecho de visitas a abuelos, parientes y allegados no se adoptará por el propio juez de violencia, quien se atiene a las cuestiones que afectan a la mujer víctima y, colateralmente, a los menores que convivan con ella.

En tanto se produzcan incumplimientos de forma reiterada del régimen de visitas, esto puede conducir a un delito de malos tratos psicológicos que nos situaría ante el art. 153 Código Penal. Y, todo ello se debe conjugar con el apartado 7 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este sentido el Código Civil de Catalunya en el art. 236-5 establece la denegación, suspensión y modificación de las relaciones personales: "1. La autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores o de las demás personas a que se refiere el artículo 236-4.2 a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa. Existe justa causa si los hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista." El Código Civil a los efectos de limitar el régimen de visitas alude a "graves circunstancias" y el Código Civil de Catalunya se refiere a "justa causa" realizando una interpretación auténtica y ejemplificativa de lo que se debe entender por la misma, lo cual ha sido criticado al suponer un cierto automatismo ante dichos supuestos, cuando es sabido que se deben concretar y valorar todas las circunstancias.

Al respecto la STS de 21 de noviembre de 2005 (RJA 7734) se refiere a ambos conceptos: "Aquí tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula a la Jurisdicción Civil en cuanto a los hechos declarados probados...y los mismos ponen de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro para éste puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visita..."²¹.

Asimismo, se debe hacer referencia al Dictamen de 16 de marzo de 2006 del Comité Económico y Social Europeo por el que se elabora el Dictamen sobre violencia doméstica contra las mujeres el cual establece en el punto 2.3.13 el Control de las medidas de alejamiento y prohibición de visitas y, en particular, el apartado 2.3.13.1: "De conformidad con las legislaciones en materia de protección frente a la violencia en la familia, la mayoría de las veces se pueden pronunciar ordenes de alejamiento y prohibiciones de visitas. No obstante, los derechos de visita de los hijos concedidos a los hombres (divorciados) pueden anular el objetivo perseguido con esas medidas de proteger a la víctima frente a su pareja violenta".

Y, como hemos manifestado al iniciar el presente estudio, distintas Comunidades Autónomas disponen de legislación particular en materia de violencia de género e incluso Andalucía dispone de una Orden de 10 de abril de 2007, por la que se concretan determinadas medidas para la adecuada ejecución del régimen de visitas y comunicación de los hijos con sus progenitores establecido en las Ordenes de Protección²².

2. Suspensión del régimen de visitas versus privación de la patria potestad

La privación de la patria potestad no conlleva la extinción del régimen de visitas, configurándose como derechos-deberes-función independientes. Incluso, el progenitor inhabilitado al ejercicio de

²¹ Véase un estudio jurisprudencial sobre el régimen de visita en casos de violencia de género en: VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género", *Revista Derecho de Familia*, nº 47, abril-junio 2010, p. 62 ss.

²² En particular en art. 1 establece la competencia: "Le corresponde a la Dirección General de Asistencia Jurídica a las Víctimas de Violencia el diseño, elaboración y seguimiento de los programas impulsados desde esta Consejería para facilitar la correcta y adecuada ejecución de medidas judiciales civiles contenidas en las órdenes de protección en los casos de violencia de género, en cuanto afecten a los regímenes de custodia, visita, comunicación y estancia de los hijos con sus progenitores."

la patria potestad según sentencia penal puede mantener el régimen de visitas de acuerdo con el art. 160.1 Cc: "Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otros o conforme a lo dispuesto en resolución judicial." Al respecto la STS de 11 de febrero de 2011 (JUR 60492) al referirse al derecho de visita establece: "El derecho que corresponde al padre es innegociable, inalienable, irrenunciable, personalísimo e imprescriptible, debiendo ser graves las circunstancias que lleven a su suspensión, pues el derecho es inherente al parentesco y subsiste aun en los casos de privación de la patria potestad." Ahora bien, la propia sentencia concluye: "la conducta del padre llevada a cabo hasta el momento de presentar el recurso, no permitía apreciar que el interés del menor quedara protegido si se reconocía a dicho padre el derecho de visitas. Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de la modificación de medidas en el caso de que cambien las circunstancias que ahora han determinado la denegación."

En este sentido se ha manifestado que "la legislación civil concibe el derecho de visita como un derecho en beneficio del menor de edad que deriva del parentesco y que corresponde a los progenitores con independencia de su posición respecto a la patria potestad."²³ Aunque, habrá que comprobar en cada supuesto de privación la causa y los motivos de la misma y por tanto, si nos conduce a casos de sanción o si nos situamos ante medidas de protección del menor.

Dicha medida cautelar puede suponer una pena si se da el tipo recogido en el art. 57.2 Código Penal que nos sitúa ante el art. 48.2 Código Penal, es decir, la suspensión del régimen de visitas si se hubiera acordado en sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena de alejamiento: "La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena."

Respecto al art. 57.2 Código Penal, se interpuso cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria por posible vulneración de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución referidas al derecho a la intimidad familiar en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE, art. 18.1 CE), así como los artículos 24.1 y 25.1 de la Constitución, es decir posible infracción del principio de personalidad de la pena y de la prohibición de indefensión. El Tribunal Constitucional por sentencia 60/2010, de 7 de octubre se pronuncia en el siguiente sentido: "Por un lado, si los hijos menores fueron los ofendidos, entonces la prohibición de aproximación se impondrá respecto de ellos y de los lugares a los que se refiere el art. 48.2 CP, y llevará aparejada, según dispone este precepto, la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. En este supuesto la pena impone, efectivamente, en todo caso, pero, a diferencia del asunto resuelto por la STDEH de 28 de diciembre de 2004, la infracción por la cual se habría condenado al progenitor no sería "totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad", sino que habría tenido a los hijos, precisamente, como víctimas de uno de los delitos a los que se refiere el art. 57.1 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, etc.). Por otro lado, si el sujeto ofendido no fuera un hijo menor del autor del delito, la suspensión del régimen de visitas no se producirá en modo alguno de forma automática, sino sólo, de conformidad con el tenor del art. 48.2 CP, si el juez o tribunal acordara extender a éste la prohibición de aproximación impuesta en relación con quien sí lo fuera –por ejemplo, el otro cónyuge titular de la custodia-, y en los términos en los que el órgano judicial así lo hiciera. El tenor literal del precepto es claro en cuanto a que la decisión corresponde al órgano

²³ RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, op. cit., p. 174.

judicial: "la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares y otras personas que determine el juez o tribunal...".

3. Los Puntos de Encuentro Familiar

Los puntos de encuentro familiar son lugares especialmente acondicionados y con profesionales cualificados; dependientes, generalmente, de una institución oficial que facilitan el derecho de visitas en aquellos entornos familiares problemáticos, como son los derivados de las situaciones de violencia doméstica, por lo que se asegura un entorno adecuado y seguro para los menores²⁴. Esto nos sitúa ante las denominadas visitas tuteladas, que tienen lugar en aquellos casos en que puede existir algún tipo de riesgo para los menores, en tanto se realice una visita convencional. También tienen lugar los intercambios en los que se organiza la entrega y recogida de los menores con el objeto de que los progenitores no tengan relación alguna. De esta forma se evita que el hombre violento o agresivo tenga contacto con la mujer y conozca su lugar de residencia, evitándose posibles conflictos de violencia de género. Configurándose como un medio necesario en los casos en que se haya dictado una orden de alejamiento lo que hace imposible que el sujeto se pueda aproximar a la víctima y, consecuentemente, a sus hijos.

Así, los puntos de encuentro sirven tanto para que se desarrolle en ellos la visita, como para la simple entrega y recogida del menor de manera que los progenitores no tengan ningún tipo de contacto. Aunque, siempre se deben utilizar como un remedio subsidiario, ante casos extremos y de forma temporal. La actuación de los profesionales implicados en el funcionamiento de los mismos se rige por una serie de principios: "la voluntariedad de los beneficios del servicio, coordinación con otros servicios de asistencia social, no interferencia con otras actuaciones de bienestar social, universalidad de su servicio a todos los ciudadanos, neutralidad frente al conflicto familiar y confidencialidad en las intervenciones."²⁵

La Guía Práctica de actuación contra la violencia doméstica, aprobada por Acuerdo del Pleno del Consejo General Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 ya establecía, en el apartado IV referido a la relación entre denunciante y denunciado: "En los casos en que fuere inevitable la relación entre el denunciante y denunciado fuera del Juzgado (por ejemplo, en aplicación de régimen de visitas a los hijos), se fijarán judicialmente Puntos de Encuentro seguros y se dispondrá lo necesario para que la víctima disponga de acompañamiento y asistencia si lo precisare." A su vez, el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004) hace referencia a los: "Puntos de encuentro donde se lleven a cabo las visitas de padres y madres a menores en los casos de separación y divorcio con antecedentes de violencia doméstica, atendidos por personal cualificado que emita informes a los Tribunales competentes."

El punto de encuentro, en todo momento, debe informar al juzgado sobre los acontecimientos o incidentes que se producen en el transcurso de las visitas, con el objeto de poder tomar medidas en caso de situaciones problemáticas. Así, en las conclusiones del IV encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia de 2009 se acordó que cada tres o cuatro meses el Punto de Encuentro debe remitir informes ordinarios a los juzgados y con carácter extraordinario se pueden enviar en cualquier momento, a su vez, es conveniente que se fijen reuniones periódicas entre el Punto de Encuentro y los Juzgados con el objeto de poder

²⁴ En España se inició la creación de dichos centros en 1994 en Valladolid. Sobre los beneficios e inconvenientes de dichos Puntos de Encuentro véase: GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento", *Diario La Ley*, nº 6998, 28 de julio de 2008.

²⁵ CASTRO SEREN, Alicia María, "Los puntos de encuentro familiar", en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, Madrid, 2004.

cruzar datos. Si acudimos a las conclusiones de las VII Jornadas de jueces de familia, de incapacidades y de tutelas de 2011 se establece en el punto 9 que "se estima imprescindible para la eficaz gestión de la derivación celebrar una reunión anual como mínima entre los responsables del punto de encuentro y la Juez/a y aquellas otras personas que se impliquen en la derivación."

En la actualidad, muchas sentencias concretan la intervención de los puntos de encuentro, tal es el caso de la SAP de Valencia de 19 de octubre de 2010 (RJA 43044) que contempla un supuesto en el cual se produjo la interrupción de las relaciones paterno-filiales debido al ingreso en prisión del demandado por lo que el Tribunal considera que no se puede conceder directamente la custodia al padre sino que lo más conveniente es establecer un régimen de visitas controlado por el Punto de Encuentro Familiar; la SAP de Murcia de 21 de julio de 2009 (JUR 350730) determina que el régimen de visitas tendrá lugar en el Punto de Encuentro Familiar debido a la actitud desafiante, agresiva, indolente e irresponsable del progenitor no custodio o, la SAP de Teruel de 2 de junio de 2009 (JUR 311842) que debido a la pena de alejamiento impuesta al padre se determina que la entrega y recogida de los menores para efectuar las visitas correspondientes se efectuará a través del Punto de Encuentro Familiar.

CONCLUSIONES

Los supuestos de violencia de género están íntimamente ligados con situaciones de desigualdad en el seno familiar, por tanto, contra lo primero que se debe luchar y atajar es frente a dichas discriminaciones. Un episodio de violencia doméstica no debe suponer automáticamente la suspensión de la guarda y custodia o el régimen de visitas al progenitor inculpado, sino que se deberán valorar con suma cautela todas las circunstancias concurrentes y adoptar tal decisión ante casos extremos y, con mayor sentido, cuando se adopta en el seno de una orden de protección que aunque tenga una duración limitada los acuerdos en ella adoptados se suelen acoger como definitivos. Ante supuestos de violencia de género, se debe limitar la guarda y custodia compartida, tal como consta en el actual Código Civil, si bien, con las correcciones recogidas por algunas leyes autonómicas como es la Navarra. Y, por último, se puntualiza sobre la necesaria comunicación fluida entre los Juzgados de violencia de género y los Puntos de Encuentro Familiar, lugares que están cobrando un mayor protagonismo en los últimos tiempos.

BIBLIOGRAFÍA

Campuzano Tomé, Herminia, "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil*, nº3, 2004, p. 2479 a 2512.

Castillejo Manzanares, Raquel, *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Madrid, 2007.

Castro Seren, Alicia María, "Los puntos de encuentro familiar", en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, Servigraf, Madrid, 2004, p. 63.

Cervilla Garzón, María Dolores y Zurita Martín, Isabel, "Análisis de las medidas civiles previstas en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Mujer, violencia y derecho*, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 2006, p. 29.

García Rubio, M^a Paz, "Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la orden de protección", *Diario La Ley*, nº 6041, 16 de junio de 2004, Ref. D-135, p. 1.

- "El marco civil en la violencia de género", en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Monserrat de Hoyos Sancho (directora), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 153.

González del Pozo, Juan Pablo, "Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro y la orden de alejamiento", *Diario La Ley*, nº 6998, 28 de julio de 2008, p. 1.

Guilarte Martín-Calero, Cristina, "La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género", en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Monserrat de Hoyos Sancho (directora), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 203.

Gutiérrez Romero, Francisco Manuel, "Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas", *Diario La Ley*, nº 7480, 1 de octubre 2010, p. 1.

Ribot Igualada, Jordi, "Prevención de malos tratos familiares: ¿un papel para el derecho civil?", *Diario La Ley*, 2001, Ref D-218, p. 1487.

Ruisánchez Capelastegui, Covadonga, *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006.

San Segundo Manuel, Teresa, "Las leyes civiles ante el maltrato", *Violencia de género. Una visión multidisciplinar*, Ramón Areces, Madrid, 2008.

- "Maltrato y separación: repercusiones en los hijos", *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 119 a 173.

Saura Alberdi, Beatriz, "Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", *Diario La Ley*, nº 5925, 2 de enero 2004, p. 1.

Senes Montilla, "Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género", *Diario La Ley*, nº1, 2007, p. 2.

Solé Resina, Judith, "El papel del Derecho civil en la lucha contra la violencia de género", *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, p. 1797 a 1816.

Tasende Calvo, Julio José, "Aspectos civiles de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 664, 2005, p. 1.

Verdera Izquierdo, Beatriz, "Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género", *Revista de Derecho de Familia*, nº 47, abril-junio 2010, p. 49 a 76.

- "Violencia de género, patria potestad e igualdad", en *Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del Estado Social*, Colex, Madrid, 2011, p. 335 a 358.
- "El ejercicio de la patria potestad en igualdad de condiciones. Valoración de la custodia compartida", en *Mujeres, contratos y empresa*, 2011, en prensa.