

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA CIVIL  
GABINETE TÉCNICO**

**Sentencia de 4 de febrero de 2016. CIP 3016/14**

**Guardia y custodia compartida. Resulta incompatible con la condena de uno de los cónyuges por delito de amenazas en el ámbito familiar.**

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha dictado sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado José Antonio Seijas Quintana, por la que estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que estimaba un recurso de apelación y acordaba la custodia compartida de dos menores, nacidos en 2008 y 2010

Por la madre demandante se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. En el recurso de casación se denunciaba la infracción de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida para establecer dicho régimen, prescindiendo del interés del menor, obviando que la madre se ha ocupado en todo momento de sus hijos y que las relaciones entre ambos cónyuges en nada benefician al interés de los menores.

La sentencia de la Sala Primera, conforme interesa el Ministerio Fiscal, estima el recurso de casación interpuesto. Se incorporó al rollo de casación una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernica-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género, por la que se condena al padre como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar.

Debe recordarse que constituye premisa necesaria para acordar el régimen de guarda y custodia compartida que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos, razones que justifican el mantenimiento de la guarda y custodia de los hijos acordada por el Juzgado de primera instancia en favor de la madre, dejándose a la determinación del Juzgado, en ejecución de sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre, manteniendo el resto de las medidas acordadas

*Madrid, febrero de 2016*

*Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**

**Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

**SENTENCIA**

**Sentencia N°:** 36/2016

**Fecha Sentencia:** 04/02/2016

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**

**Recurso N°:** 3016/2014

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimando Parcialmente

**Votación y Fallo:** 26/01/2016

**Ponente Excmo. Sr. D.:** José Antonio Seijas Quintana

**Procedencia:** AUD.PROVINCIAL BIZKAIA SECCION N. 4

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

**Escrito por:** AAV

**Nota:**

**GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. VIOLENCIA DE GÉNERO.**

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.:** 3016/2014

**Ponente Excmo. Sr. D.:** José Antonio Seijas Quintana

**Votación y Fallo:** 26/01/2016

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**

**SENTENCIA N°: 36/2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Francisco Marín Castán**  
**D. José Antonio Seijas Quintana**  
**D. Antonio Salas Carceller**  
**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**  
**D. Eduardo Baena Ruiz**  
**D. Fernando Pantaleón Prieto**  
**D. Xavier O'Callaghan Muñoz**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil dieciséis. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio verbal n.º 274/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gernika, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Onintza Durana Apaolaza, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don José Luis Martín Jaureguibeitia siendo parte recurrida don Unai Azillona Torrealdei, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Olga Rodríguez Herranz. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Carlos Muniategui Landa, en nombre y representación de doña Onintza Durana Apaolaza, interpuso demanda de juicio sobre regulación de las relaciones paterno filiales, contra don Unai Azillona Torrealdei y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1ª) La atribución a la madre, D<sup>a</sup> Onintza Durana Apaolaza, de la guarda y custodia de los dos hijos menores de edad, Ugaitz y Garazi Acillona Durana, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. Ello supone que las decisiones de relevancia que afecten a los hijos comunes se adoptarán de mutuo acuerdo y, caso de no existir tal acuerdo, lo resolverá el Juzgado. Se entenderán cuestiones de relevancia, entre otras: el cambio del domicilio habitual de los menores fuera del municipio; los viajes al extranjero; elección de centro escolar y cambio de centro; intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos de larga duración que no sea urgentes; tratamientos psicológicos; celebraciones sociales o religiosas de relevancia. D. Unai Acillona Torrealdei tiene derecho a ser informado de las cuestiones que afecten a la salud, educación y cualquier otra cuestión trascendente que afecten a los menores, estableciendo las partes un medio de comunicación adecuado (correo electrónico, mensajes por teléfono, etc.).

2º) El demandado, Don Unai Acillona, deberá abonar como pensión alimenticia a favor de cada uno de los dos hijos comunes menores de edad, Ugaitz y Garazi Acillona Durana, la suma de 300,- € mensuales, en conjunto 600 euros pagadera por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes mediante ingreso en la cuenta corriente o libreta ahorro que a tal efecto designe la madre, D Onintza Durana. Dicha cantidad se actualizará anualmente desde primeros de enero de cada año, en proporción a las

variaciones que experimenten los índices de precios al consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios serán abonados por ambos progenitores al 50%, debiendo comunicarlo previamente el progenitor que aprecia la necesidad de llevarlos a cabo al otro progenitor y prestar éste su consentimiento.

Se considerarán, en todo caso, gastos extraordinarios, los gastos médicos, ortopédicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, los derivados de estudios superiores, así como los derivados de actividades extraescolares, estas últimas, consentidas por ambos progenitores.

3º) Fijación del siguiente régimen de visitas y comunicación a favor del padre, D. Unai Acillona Torrealdei, a falta de acuerdo entre las partes:

-Iniciado el curso escolar, el padre tendrá derecho a estar en compañía de sus hijos al menos tres tardes de aquellas semanas que trabaje por las mañanas, desde las 16:00 horas -o salida del centro escolar si fuera posterior- hasta las 19,30 horas. Las semanas que trabaje de tarde tendrá derecho a acompañar a sus hijos al centro escolar, al menos dos días a la semana. A falta de acuerdo, las visitas que hayan de realizarse por las tardes serán los lunes, miércoles y viernes y los acompañamientos al centro escolar los martes y jueves. Además, tendrá derecho a estar en compañía de sus hijos los fines de semana alternos, desde el viernes a las 17:00 horas -o sábado a 10.00 horas si fuera una semana en que trabajara de tarde- hasta las 19:30 domingo.

- El periodo vacacional de Navidad de 2013/2014 se dividirá por mitad; el primer período desde el 23 a las 11 horas hasta el 31 a las 11 horas; el segundo período, desde el 31 a las 11 horas hasta el 6 a las 19,30 horas. En los sucesivos años sean disfrutados estos periodos de forma alternativa, a fin de que ambos progenitores puedan disfrutar en compañía de sus hijos de las fiestas. En caso de falta de acuerdo el primer periodo corresponderá al padre y el segundo a la madre. En la Navidad de 2.014/2.015 el primer período será disfrutado por la madre y el segundo por el padre; en los sucesivos años se irán alternando el disfrute.

Las vacaciones de Semana Santa de 2014 se dividirán en dos periodos correspondiendo estar en compañía de sus hijos, a falta de acuerdo, durante la Semana Santa al padre y la semana de Pascua a la madre. En los siguientes años se alternará el orden de disfrute de los dos periodos-

Las vacaciones de verano de 2014 se dividirán en los seis periodos siguientes: 1) los días de junio desde el fin del curso escolar hasta el 30 de junio incluido; 2) Del 1 al 15 de julio; 3) del 16 de julio al 31 de julio; 4) del 1 de agosto al 15 de agosto; 5) Del 16 de agosto al 31 de agosto; 6) Del 1 de septiembre hasta el comienzo del curso. Tales periodos se disfrutarán de forma alternativa. Las entregas se harán el primer día de cada periodo a las 11:00 horas en el domicilio materno, salvo en el último, que si lo ha de hacer el progenitor no custodio al custodio será el día anterior al inicio del curso escolar a las 19:30 horas.

A fin de facilitar el cumplimiento del régimen el Sr. Azillona entregará a la mayor brevedad desde el conocimiento y en cuanto disponga de él, su calendario de turnos y de vacaciones para el año 2.014.

El progenitor que en cada momento no se halle en compañía de sus hijos tendrá derecho a comunicarse, telefónicamente o por correo o medio similar, derecho que deberá ejercitarse con buena fe y con pleno respecto a los hábitos y horarios de los menores, actividad escolar y derechos del otro progenitor.

La recogida y entrega de los menores se efectuará por los progenitores o sus padres, en el portal del domicilio familiar.

Con imposición de costas a la parte demandada, si se opone injustificadamente a las medidas interesadas en la presente demanda».

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Mónica D' Acquistó Toña, en nombre y representación de don Unai Azillona Torrealdei contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se acuerde la adopción de las medidas parento-filiales definitivas interesadas en el cuerpo de este escrito.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº dos de Gernika, dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Se estima sustancialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Muniategui Landa, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Onintza Durana Apaolaza, frente a D. Unai Azillona Torrealdei, sin que proceda hacer expresa imposición en costas.

En consecuencia, procede fijar como Medidas Definitivas respecto de los menores Ugaitz y Garazi Azillona Durana las siguiente:

1. Corresponde a la Sra. Durana la guarda y custodia, de los menores sujetas a la patria potestad de ambos.

Ello implica que todas las decisiones de relevancia que afecten a los hijos en común habrán de ser adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, resolviendo el Juzgado en caso de discrepancia.

Son decisiones comprendidas en el ámbito de la patria potestad y sujetas a lo indicado, entre otras, las siguientes: cambio de domicilio habitual de los menores fuera del municipio y viajes al extranjero; elección de centro escolar y cambio del mismo; actos médicos que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración y no revistan el carácter de urgentes y los de carácter psicológico; celebraciones sociales y religiosas de relevancia.

2. Se establece el siguiente régimen de visitas, comunicación y estancia a favor del Sr. Azillona, a falta de mejor acuerdo o de entendimiento de las partes:

- Durante el curso escolar, el padre tendrá derecho/deber a estar en compañía de sus hijos al menos tres tardes de aquellas semanas en que trabaje de turno de mañana desde las 16:00 horas -o salida del centro escolar si fuera posterior- hasta las 19:30 horas. A falta de acuerdo se llevarán a cabo las tardes de los lunes, martes y jueves. Las semanas que trabaje de tarde acompañará a sus hijos al centro escolar, al menos tres días a la semana a fin de garantizar el contacto con los menores y la participación del mismo en tal rutina. A falta de acuerdo las visitas y acompañamientos anteriores serán los martes, jueves y viernes. Además, tendrá derecho/deber a estar en compañía de sus hijos los fines de semana alternos, desde el viernes a las 17 horas -o sábado a las 10:00 horas si se tratara de una semana en que trabajara de tarde- hasta las 19:30 del domingo, salvo que la semana inmediata posterior trabajara de tarde, en cuyo caso la visita de fin de semana se prolongaría hasta el lunes por la mañana en que acompañará a sus hijos hasta el centro escolar desde el propio domicilio del Sr. Azillona.

-Los períodos vacacionales de navidad de se dividirán por mitad, desde el primer día de vacación escolar hasta el día 31 de diciembre a las 11:00 horas y desde el 31 de diciembre a las 11 00 horas hasta el comienzo del periodo escolar Ello no obstante, las partes permitirán que al progenitor que no corresponda el disfrute de esta segunda mitad pueda estar en compañía de sus hijos la tarde del día 6 de enero de 16:30 a 19:30 horas. En caso de falta de acuerdo sobre la alternancia en el disfrute de los dos periodos, el primer periodo corresponderá al padre y el segundo a la madre tal y como se estipuló en el auto de medidas, dada la proximidad de dicho periodo vacacional y la constancia documental en la pieza de Medidas Provisionales de que el Sr Azillona disfrutará de vacaciones desde el 23 al 31 de diciembre de 2013, disponiendo la Sra. Durana del periodo completo por el desempeño de su trabajo en el sector educativo.

-Las vacaciones de Semana Santa de 2014 se dividirán en dos períodos, correspondiendo estar en compañía de sus hijos

- Las vacaciones de verano se dividirán en los seis periodos siguientes 1) los días de junio desde el fin del curso escolar hasta el 30 de junio incluido; 2) Del 1 al 15 de julio; 3) del 16 de julio al 31 de julio; 4) del 1 de agosto al 15 de agosto; 5) Del 16 de agosto al 31 de agosto. 6) Del 1 de septiembre hasta el comienzo del curso. Tales periodos se disfrutarán de forma alternativa. Las entregas se harán el primer día de cada periodo a las 10:00 horas, salvo en el último en que el progenitor que tenga en su compañía a los menores será el que se encargue de la asistencia al centro escolar el primer día lectivo.

- En caso de discrepancia en la elección de los periodos de disfrute vacacional salvo lo dispuesto para Navidad 2013/20 14, corresponderá al padre la elección en los años pares y a la madre los impares.

- A fin de facilitar el cumplimiento del régimen de comunicación y estancia el Sr. Azillona entregará

a la Sra. Durana, en cuanto disponga de él, de su calendario de turnos y de vacaciones.

- El progenitor que en cada momento no se halle en compañía de sus hijos tendrá derecho a comunicarse, telefónicamente o por correo o medio similar, derecho que deberá ejercitarse con buena fe y con pleno respecto a los hábitos y horarios de los menores, actividad escolar y derechos del otro progenitor.

3. Se establece una pensión de alimentos única a cargo del Sr. Azulona y a favor de sus hijos menores de 600 euros mensuales que deberá ingresarse en la cuenta corriente o libreta de ahorro que a tal efecto designe la Sra. Durana dentro de los cinco primeros días de cada mes y que se actualizará desde el uno de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo según el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya.

La contribución a los gastos extraordinarios será del 50% por parte de ambos progenitores, debiendo comunicarlo previamente el progenitor que aprecie la necesidad de llevarlos a cabo al otro progenitor y prestar éste su consentimiento a ello.

Se considerarán, en todo caso, gastos extraordinarios los gastos médicos, ortopédicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, los derivados de estudios superiores, así como los propios a actividades extraescolares, estas últimas, consentidas por ambos progenitores».

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Unai Azillona Torrealdei. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaiko, dictó sentencia con fecha 8 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DON UNAI AZIILLONA TORREALDAI, representado por la Procuradora Dña. Mónica D'Acquisto Toña, contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2013 por el UPAD del Juzgado de Primera Instancia número<sup>o</sup> 2 de los de Gernika, en los autos de Medidas Paterno Filiales n<sup>o</sup> 274/13, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en el sentido de:

1.- Acordar que la guarda y custodia de los menores Ugaitz y Garazi Azillona Durana sea compartida por semanas alternas entre D. Unai Azillona Torrealdei y Dña. Onintza Durana Apaolaza, debiendo realizarse el cambio de custodia todos los lunes a la entrada del colegio o en su caso a las 9 horas cuando no haya colegio, permaneciendo en su compañía hasta el lunes siguiente.

2.- Los menores Ugaitz y Garazi estarán con el progenitor con quien no pase la semana, desde la salida del colegio, o, en su caso, las 17 horas, dos días entre semana, que salvo pacto en contrario, serán los martes y jueves, hasta las 20 horas.

3.- Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, se dividirán en dos periodos iguales, correspondiendo al padre elegir el periodo de estancia con su hijo los años impares y a la madre los años pares, quedando en suspenso el régimen de custodia establecido semanalmente, que se reanudará una vez finalizado el periodo vacacional.

4.- Los gastos ordinarios básicos de los menores serán de cuenta del progenitor con quien se halle en cada momento, acordándose además que ambos progenitores ingresen cada uno de ellos el importe de 200 euros mensuales, que se efectuará en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria abierta a nombre de los menores, actualizable anualmente conforme al IPC que fije el INE, en la que se domiciliarán los gastos fijos de los menores que sean posibles. 5.- Los gastos extraordinarios será satisfechos por mitad e iguales partes entre ambos progenitores.

Todo ello sin condena de las costas procesales causadas en la primera y en esta segunda instancia».

**TERCERO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Onintza Durana Apaolaza con apoyo en los siguientes MOTIVO: PRIMERO.- Infracción del artículo 218.2. y 3 LEC y del art. 24 CE por falta de motivación de la sentencia y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Error en la valoración de la prueba. SEGUNDO.- Se alega como precepto legal infringido el artículo 326.1. y 2 de la LEC, denunciando la errónea valoración de la prueba documental y del informe del Ministerio Fiscal. TERCERO.- Se alega como precepto legal infringido el artículo 348 de la LEC, denunciando la errónea valoración de los informes psicosociales. CUARTO.- Se alega como precepto legal infringido el artículo 412 de la LEC, denunciando la modificación del objeto del procedimiento.

Igualmente se interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes MOTIVO: UNICO.- Precepto legal infringido el artículo 92 del Código Civil apartados 5, 6 y 8 alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se citan sentencias de esta Sala relativas a los requisitos para acordar la guarda y custodia compartida y en especial a la necesidad de tener en cuenta el interés del menor para su adopción.

Por la parte demandante y recurrente en casación se aportó, como nuevo y relevante para la resolución del recurso, sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernika de fecha 9 de enero de 2015 por la que se condena al Sr. Unai Azillona Torreal dai por un delito de amenazas en el ámbito familiar a una pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, la prohibición de acercarse a doña Onintza Durana Apalolaza a su domicilio, lugar de trabajo, lugar donde resida o cualquier otro frecuentado por ella a una distancia inferior a 300 metro, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, todo durante un plazo de dieciséis meses y privación de derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de 20 meses.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 16 de septiembre de 2015, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Olga Rodríguez Herranz, en nombre y representación de don Unai Azillona Torreal dai presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando que debe ser estimado.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de enero de 2016 , en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA**,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Doña Onintza Durana Apaolaza interpuso demanda contra Don Unai Azillona Torreal dai en la que solicitó, en lo que aquí interesa, se le atribuyera la guarda y custodia de sus dos hijos, Ugaitz y Garazi, nacidos el 6 de diciembre de 2008 y 18 de agosto de 2010. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores, que la sentencia del Juzgado negó y que la Audiencia Provincial acordó, conociendo del recurso de apelación.

La sentencia analiza los dictámenes periciales emitidos por el Equipo Psicosocial y deduce de ellos que ambos progenitores están igualmente capacitados para asumir la guarda y custodia de sus hijos, y que es conveniente para los menores que los dos participen en la vida del mismo con estancias frecuentes y habituales, siendo que el padre tiene disposición e interés en el ejercicio de las funciones parentales. El último dictamen del Equipo Psicosocial únicamente concluye que no hay necesidad de cambios puesto que los menores están adaptado a la situación familiar que permite una relación fluida con ambos progenitores en sus distintas actividades y rutinas diarias, sin que se llegue a analizar las circunstancias del por qué debe darse prioridad a las custodia materna exclusiva frente a la custodia compartida.

Doña Onintza Durana formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Únicamente se va analizar el primero en el que denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida para establecer dicho régimen, prescindiendo del interés del menor, obviando que la madre se ha ocupado en todo momento de sus hijos y que las relaciones entre ambos cónyuges en nada benefician al interés de los menores.

No se va a entrar en el análisis del recurso extraordinario por infracción procesal, porque se va a estimar el recurso de casación, conforme también interesa el Ministerio Fiscal, lo que le hace innecesario.

**SEGUNDO.-** Sin duda la Audiencia Provincial acierta en su respuesta a la pretensión del padre. Se establece la guarda y custodia compartida a partir de la integración de los hechos que considera acreditados en los criterios de esta Sala sobre guarda y custodia compartida expresados en las sentencias que cita, como la de 29 de abril de 2013, y que en lo sustancial recoge la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. Nada habría que objetar, por tanto, si no fuera por la incorporación al rollo de esta Sala de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernica-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género. La sentencia se dicta por conformidad del ahora demandado con la petición del Ministerio Fiscal y le condena como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 171. 4º y 5º, en relación con los artículos 57.3º y 48.2º del Código Penal, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, prohibición de acercarse a Dña Onintza Durana Apaolaza a su domicilio, lugar de trabajo, lugar donde resida o cualquier otro frecuentado por ella a una distancia no inferior a 300 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses y privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de 20 meses.

La condena se fundamenta en los siguientes hechos probados: Unai Azillona Torrealdei... “sobre las 20:00 horas del día 6 de enero de 2015, cuando su expareja, Doña Onintza Durana Apaololaza, iba a proceder a la entrega de los hijos comunes en la calle Juan Calzada, domicilio del acusado, y con ánimo de causarle a la misma un temor de sufrir un menoscabo en su integridad corporal, le dijo “como no me den la custodia compartida te arrancio la piel a tiras, como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar”.



La parte recurrida conoce, lógicamente, la sentencia, y ha tenido ocasión de hacer las alegaciones pertinentes sobre la misma al oponerse al recurso. Manifiesta que “se arrepintió de sus actos inmediatamente, motivo por el que asumió su responsabilidad mostrando su conformidad con la acusación del Ministerio Fiscal. Y, consciente de que aquel hecho se había producido por su estado de ansiedad y depresión, acudió a la consulta de un psiquiatra para tratar esos problemas”.

Pero sus razones no pueden dejar sin repuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia " y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor.

Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

**TERCERO.-** La Sala asume la instancia y mantiene la guarda y custodia de los hijos acordada por el Juzgado en favor de la madre y, a la vista de los hechos que se han puesto de manifiesto, deja a la determinación del Juzgado, en ejecución de sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre, manteniendo el resto de las medidas acordadas.

**CUARTO.-** No procede hacer ningún pronunciamiento sobre las costas de los recursos, como tampoco respecto de las causadas en la primera instancia y en la apelación, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1.- Sin examinar el recurso extraordinario por infracción procesal, se estima el recurso de casación interpuesto por Doña Onintza Durana Apaolaza y se casa la sentencia dictada el 8 de octubre de 2014 por la Audiencia Provincial de Bizkaia.

2.- Se mantiene la sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia en cuanto establece la guarda y custodia de los hijos en favor de la madre y, se deja a la determinación del Juzgado, en trámite de ejecución de la sentencia, la fijación del régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre.

3.- Se mantienen el resto de las medidas.

4.- No se hace especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en los dos recursos y en las instancias.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y

firmamos **Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller**

**Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz . Fernando Pantaleón Prieto**

**Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.