

LA LEY VALENCIANA DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN. NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA

Enrique Soriano Martínez

Abogado

Índice de contenido

RESUMEN.....	1
1. Introducción.....	1
2. La custodia compartida en el Derecho comparado.....	2
3. La modificación del art. 92 del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio.....	4
4. Las nuevas Leyes autonómicas.....	5
5. Sobre las competencias de la Comunidad Valenciana para desarrollar “normas de derecho civil propio”.....	7
6. Aspectos básicos de la Ley.....	8
7. A modo de conclusión.....	10

RESUMEN

En el presente artículo se realiza un análisis descriptivo y crítico de la nueva norma valenciana en materia de custodia compartida contrastándola con las adoptadas por otras Comunidades Autónomas y con el régimen general del art. 92 del Código Civil. También se hará referencia a las soluciones previstas en otros países europeos.

1. Introducción

El pasado 5 de mayo entró en vigor la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que fue publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Valencianas número 300, con fecha de 30 de marzo.

La presente Ley no es sino el reflejo de una nueva tendencia en el Derecho de Familia a la hora de regular las relaciones entre padres e hijos tras una ruptura. La norma debe enmarcarse en el contexto actual de crisis de la pareja y de búsqueda de nuevas formas de relaciones familiares. Según datos del Instituto Nacional de Estadística de 2010 el índice de rupturas matrimoniales (incluyendo, nulidad, separación y divorcio) representa un 60,33% respecto del total de matrimonios celebrados. En términos estadísticos, más de la mitad de los matrimonios españoles acaba en divorcio (concretamente, un 55,90% respecto del total de matrimonios celebrados). Por otro lado resulta patente que nos encontramos en un contexto cada vez más plural en el modo de entender las relaciones personales y familiares (familias tradicionales, monoparentales, matrimonios homosexuales, parejas en convivencia no matrimonial, etc.) fruto de un cambio de los valores y de una filosofía de vida cada vez más individualista.

También hay que destacar la consolidación de un modelo social en el que tanto mujeres como hombres participan en el mercado laboral e intentan conciliar su vida profesional con la familiar.

Ante este panorama resulta necesario buscar nuevas fórmulas para solventar los problemas inherentes a rupturas matrimoniales y de relaciones de pareja más acordes con el principio de

igualdad de los progenitores y, especialmente, con el interés superior del menor. La custodia compartida o guarda conjunta, que supone una igualación de los períodos de estancia de los menores con cada cónyuge, se presenta como una alternativa que conjuga, en los términos de la Ley valenciana, “el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y, por otro, el derecho-deber de éstos de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación”.

Es por este modelo por el que se están decantando las distintas Comunidades Autónomas con competencia para la “conservación, modificación y desarrollo” de su Derecho foral. Esta solución también se está abriendo camino en los países de nuestro entorno a velocidades distintas resultando de interés el caso *Zaunegger c. Alemania*, de 3 de diciembre de 2008, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que después me referiré, que ha influido enormemente en la jurisprudencia alemana. Sin duda, tanto a nivel europeo, estatal como autonómico la custodia compartida está adquiriendo un carácter protagonista y se hace necesario un estudio crítico sobre la misma.

Partiendo de lo general y terminando con lo más concreto y cercano, comenzaré mi análisis tratando del origen de esta institución y su adopción por nuestros países vecinos. A continuación me referiré a la introducción de esta modalidad de custodia en nuestro Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio y a las Leyes adoptadas sucesivamente por Aragón, Cataluña y Navarra. Por último me centraré en un análisis de la nueva norma aprobada por las Cortes Valencianas resaltando las principales novedades que introduce así como aquellos aspectos de los que adolece.

2. La custodia compartida en el Derecho comparado

La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad. En el caso de custodia no compartida, y salvo casos excepcionales, ambos progenitores siguen teniendo la patria potestad sobre los hijos.

La tendencia a la hora de atribuir la custodia de los hijos a uno u a otro progenitor ha pasado por varios estadios a lo largo de la historia. Antes de la Revolución Industrial la pauta habitual era atribuirle a los varones. Se trataba de una sociedad rural y patriarcal en la que los hombres trabajaban y vivían en el mismo lugar, las fincas. Los hijos estaban destinados a convertirse en recursos para la producción agropecuaria, y a tal fin parecía que el padre era el más apropiado para educarlos. Esta doctrina también tenía como fundamento que, en el caso de un divorcio, el marido recibía los bienes adquiridos durante el matrimonio. Se entendía que los hijos constituían un activo patrimonial del padre y, por lo tanto, sujeto a su custodia en caso de ruptura matrimonial.

La Revolución Industrial implicó una alteración de este modelo social, al provocar que muchos hombres dejaran de trabajar en sus casas para pasar a hacerlo en fábricas u oficinas, quedando el hogar bajo la autoridad de la madre. A lo largo del siglo XIX, fruto de estos cambios sociales y también de la génesis de los movimientos feministas, se fue desarrollando la denominada “Tender Years Doctrine”, según la cual, en igualdad de condiciones, la custodia de los hijos de “tierna edad”, en general los menores de trece años, debía corresponder a la madre por ser ella quien mejor podía atender a sus necesidades afectivas. Esta doctrina sobre la preferencia materna en la custodia de niños de “tierna edad” derivó a la preferencia materna en general, con independencia de la edad de los hijos. Si bien en la actualidad esta jurisprudencia ha ido abandonándose, no puede negarse una

pervivencia de su influencia. Basta consultar los datos estadísticos, que reflejan que en una abrumadora mayoría de los casos la custodia se ha venido concediendo sistemáticamente a la progenitora.

Desde el último cuarto del siglo XX se ha ido generalizando una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. Estos principios se han visto reflejados en la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. A nivel de la Unión Europea cabe destacar la Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo, que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño. También se refiere a los menores la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, tiene reconocido el mismo valor jurídico que el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En su art. 24, se refiere a los Derechos del niño, destacando de su contenido la previsión de que la opinión del menor “será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez”, que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial” y que “todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ellos es contrario a sus intereses”.

El principio de protección del interés superior del menor ha ido calando en la normativa y la jurisprudencia de los distintos Estados, y poco a poco se ha ido reconociendo como el criterio determinante a la hora de atribuir su custodia en el caso de una ruptura matrimonial. La custodia compartida como modalidad más idónea de proteger este interés también ha ido abriéndose camino lentamente como respuesta a nuevos patrones sociales que han evolucionado en pos de una mayor igualdad real entre mujeres y hombres.

Por ejemplo en Estados Unidos, nación que nos lleva una indudable ventaja en materia de divorcio, la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados. La custodia física conjunta, modalidad en la que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño aunque no necesariamente en la misma proporción, constituye la fórmula más idónea adoptada por la mayoría de las legislaciones.

En Europa, Suecia fue el primer país en introducir la custodia compartida en su legislación en 1983. La norma fundamental en la materia es el Código de los Niños y de los Padres, que fue modificado en 1998 estableciendo el interés del menor como criterio rector en las decisiones de custodia, considerando los deseos del niño en atención a su edad y madurez. No se admite la custodia compartida si ambos progenitores se oponen a la misma. En el caso de que la pidiera uno de ellos, el Ministerio de Justicia sueco ha interpretado que esta atribución conjunta pueda ser ordenada siempre que la decisión se fundamente en el mejor interés del menor.

La legislación alemana distingue entre los padres que están casados y los que no lo están. Por defecto, se declara la custodia compartida como régimen habitual en el caso de los hijos que hayan nacido dentro del matrimonio. Por el contrario, si la pareja no estaba casada, el padre sólo podrá tener derecho a la custodia con el consentimiento de la madre. Este régimen ha sido declarado discriminatorio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso Zaunegger c. Alemania, de 3 de diciembre de 2008. El recurrente, el músico Horst Zaunegger, y su pareja habían tenido una niña sin estar casados. Tras la separación de sus progenitores y hasta enero de 2001 la hija había vivido con su padre. En esa fecha la madre obtuvo la custodia individual de acuerdo con el art. 1626a, párrafo 2, del Código Civil Alemán, al no haber hecho los padres una declaración de custodia compartida. El TEDH estimó la demanda considerando que la normativa alemana

vulneraba el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (no discriminación) en relación con el art. 8 (derecho al respeto de la vida personal y familiar). Apuntó el Tribunal que al rechazar la petición del demandante de la custodia compartida sin tener en consideración el interés del menor, los tribunales nacionales le habían dado un trato diferente en comparación con la madre y con los padres casados. Consideró que no había una razonable relación de proporcionalidad entre la exclusión general de la posibilidad de revisión judicial de la atribución inicial de la custodia individual a la madre y el propósito perseguido por la ley alemana, en principio la protección del interés superior del menor nacido fuera del matrimonio.

Tras esta sentencia, y una posterior del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el mismo sentido, está prevista una modificación de la normativa interna.

En Italia, el proceso relativo a las crisis familiares contemplaba hasta el año 2006 la guarda y custodia unilateral. Actualmente la Ley de 8 de febrero de 2006 establece como principio rector el derecho a que el hijo menor mantenga una relación equilibrada y continuada con cada progenitor, para lo cual el juez atenderá al interés material y moral de la prole y valorará prioritariamente la posibilidad de una guarda y custodia conjunta. Para establecer una guarda y custodia exclusiva el juez debe justificar las razones por las que la guarda compartida no procede y es contraria a los intereses del menor

En Francia, la institución de la custodia compartida se ubica en el art. 373-2-11 del Código civil francés, modificado por la ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002. El texto de la ley francesa estipula que “la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto al modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores o la residencia en el domicilio de uno de ellos”.

La posibilidad de que la residencia del menor se establezca en un lugar fijo y que sean los progenitores quienes tengan que alternarse trata de responder a una de las críticas que suele hacerse a la custodia compartida relativa al peregrinaje permanente que esta supone para el menor. No obstante esta solución, paradigmática de la legislación belga, puede resultar problemática cuando no hay acuerdo entre los padres, introduciéndose un nuevo foco de conflicto, como es compartir el domicilio.

3. La modificación del art. 92 del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio

El esquema clásico del Código Civil español, que partía de atribuir a uno solo de los progenitores el ejercicio de la custodia y el reconocimiento de un régimen de comunicación al “progenitor no custodio”, sufrió algunos cambios tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Por medio de esta norma se modificó el contenido del art. 92 CC previendo en su apartado 5 la posibilidad de acordar “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”.

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

El art. 92.6 CC da unas pautas generales sobre qué aspectos debe tener en cuenta el Juez para decantarse por un concreto régimen de atribución. Señala que tendrá que “recabar el informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario y valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”. Se echa de menos un listado de criterios concretos de valoración que sí que se han incluido en la legislación autonómica.

Estos cambios no quieren decir que con anterioridad a la reforma del Código la custodia compartida estuviera prohibida, simplemente no se preveía expresamente. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 22 de abril de 1999 al decir que “la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia solo al padre o a la madre, no a ambos conjuntamente. Así [...], sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas”.

En todo caso la facultad que la nueva redacción del art. 92.8 CC reconoce al Juez de acordar la guarda y custodia compartida a falta de acuerdo entre los progenitores tendrá carácter excepcional y se acordará, a instancia de una de las partes y previo informe favorable del Ministerio Fiscal, cuando se pruebe que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. En esto se diferencia el precepto de las disposiciones de las nuevas leyes de Aragón, Cataluña y Valencia, que se decantan por esta modalidad de forma preferente

El carácter excepción al que alude el art. 92.8 CC es acorde con la práctica hasta la fecha. Por ejemplo, en 2009 en un 84% de los casos de divorcio en los que procedía atribuir la custodia de los hijos ésta se concedió a la madre, al padre en un 5,5%, a otras personas en un 0,72%, siendo el porcentaje de atribuciones de custodia compartida únicamente un 9,6%. En Valencia, como puede apreciarse en la SAP 14/2007, de 15 de enero de 2007, lo habitual era que la Audiencia Provincial denegara la custodia compartida. En esta sentencia manifestó que “es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos”.

No obstante en algunas sentencias recientes el Tribunal Supremo ha revocado una atribución de custodia individual decantándose por la conjunta. Es el caso de la STS 4861/2010, de 1 de octubre de 2011, que estimó el recurso contra la referida SAP de Valencia, de 15 de enero de 2007, devolviendo al padre la custodia compartida y posicionándose en contra de la denegación sistemática de la custodia compartida que venía haciendo la Audiencia Provincial basándose en una interpretación literal de la “exclusividad” del art. 92.8. Señaló el Tribunal que la elección de un concreto régimen de custodia “debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas”.

Para finalizar con las referencias al régimen del Código civil decir que la reforma llevada a cabo en 2005 fue sólo parcial, no considerando oportuno el legislador modificar la regulación de la pensión de alimentos ni de la atribución de la vivienda para los supuestos en los que se acuerde un sistema de guarda conjunta. Las Comunidades Autónomas han pretendido llegar más lejos con las nuevas leyes que se estudian a continuación.

4. Las nuevas Leyes autonómicas

La primera Comunidad Autónoma en dar el paso fue Aragón con la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, que consagra

decididamente las ventajas de la custodia compartida respecto a la custodia individual, y parte de la consideración de que aquélla ha de ser el criterio preferente de atribución de la guarda en las situaciones de ruptura de la pareja de los progenitores. Esta Ley ha sido formalmente derogada, mediante el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba —con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”— el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en que a su vez se integra ahora el contenido de aquella Ley.

Según el actual art 80.1 (antiguo 6.1 de la Ley 2/2010) “cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos”. El apartado 2 dice que “el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores”. Además deberá considerar una serie de factores como la edad de los hijos o su arraigo social y familiar. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor. Resulta ambigua la literalidad de este precepto porque decir que el Juez debe “tener en cuenta” el plan de relaciones familiares presentado por los progenitores no implica necesariamente que quede vinculado al mismo y puede entenderse que podría adoptar la custodia compartida incluso aunque los padres hubieran convenido otra cosa.

En Cataluña, por medio de la Ley 25/2010, de 29 de julio, se aprobó el Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que entró en vigor el pasado 1 de enero. Esta Ley apuesta también por la custodia conjunta al disponer su art. 233-8 apartado 1 que “la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos” y que “en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente”. En su art. 233-10 da preferencia a lo convenido por los padres en el llamado “plan de parentalidad”, en cuyo defecto “la autoridad judicial, si no hay acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar, atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades parentales [...]. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de manera individual si conviene más al interés del hijo.

Por tanto, a diferencia de la ley aragonesa, no establece de forma expresa la prioridad de la custodia compartida, pero puede deducirse esta intención de la redacción de este artículo, que parece otorgar a la custodia individual un carácter excepcional, así como del resto del articulado.

Por último, la Comunidad de Navarra ha aprobado 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. Si bien regula las dos modalidades de custodia no acaba de decantarse por ninguna de modo especial, por ello se la ha criticado de ser una norma vacía de contenido. Dice su art. 3.1 que “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”. De acuerdo con el art. 3.3, “el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres”, y atendiendo a una serie de criterios. Según el art. 3.4 “la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de esto”.

A modo de apunte final indicar que el pasado 19 de abril la mesa del Parlamento Vasco acordó

admitir a trámite la proposición de Ley vasca de custodia compartida, presentada por la Federación de Euskadi de madres y padres separados “Kidetza”, por iniciativa popular. Entre otros aspectos, la normativa pretende garantizar el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores y el deber de éstos a cuidar y educar a sus hijos, al mismo tiempo que les asegura el derecho a relacionarse con sus abuelos y otros familiares. Por otra parte, introduce la figura de la mediación intrajudicial obligatoria, coordinada con los servicios de mediación familiar existentes y prevé su ampliación, así como la de los equipos psicosociales.

5. Sobre las competencias de la Comunidad Valenciana para desarrollar “normas de derecho civil propio”.

Mucho se ha discutido ya sobre las dudosas competencias de nuestra Comunidad para legislar en materia de Derecho civil. En su art. 149.1.8ª la Constitución reconoce al Estado competencia exclusiva sobre legislación civil, esto “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. La cuestión a determinar es, por tanto, en qué Comunidades existía un derecho propio al tiempo de promulgarse la Constitución, pues serán estas las que en virtud de este artículo van a ver vista reconocida su competencia para legislar en esta materia. Tradicionalmente se ha considerado que sólo son regiones forales Cataluña, Baleares, Galicia, Navarra, País Vasco y Aragón, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo haya declarado de manera reiterada la vigencia del Fuero de Baylío.

El caso valenciano ha sido objeto de largas discusiones, sobre todo a raíz de explícitas referencias que al derecho foral valenciano hace nuestro Estatuto de Autonomía tras su modificación por la Ley 1/2006, de 10 de abril. Por ejemplo en su art. 7 apartado 1 dice que “el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana”. En el art. 49.1.2ª se reconoce competencia exclusiva de la Generalitat Valenciana para la “Conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”.

Esta supuesta competencia resulta controvertida, y ello a pesar de que el Estatuto recalca que se realizará “en plena armonía con la Constitución Española”. Es bien sabido que hasta comienzos del siglo XVIII convivían en nuestra Península una pluralidad de ordenamientos jurídicos, ello a pesar de encontrarse todos los territorios bajo la misma corona. Tras la Guerra de Sucesión, y como consecuencia del apoyo de los reinos aragoneses a la candidatura al trono del archiduque de Austria, la victoriosa dinastía Borbón promulgó los Decretos de Nueva Planta (1707), aboliendo los fueros y privilegios de los territorios rebeldes, sustituyéndolos por el derecho de Castilla. Posteriormente, el monarca rectificó parcialmente su decisión, devolviendo a Cataluña, Aragón y Mallorca su derecho privado pero sin posibilidad de innovación por haber quedado abolidas sus respectivas Cortes. Las instituciones legislativas vascas y navarras sí que se mantuvieron, y por tanto, además de mantener su derecho propio, pudieron seguir legislando sobre el mismo. En cambio, Valencia quedó definitivamente desprovista de todo derecho propio, de cualquier clase.

La cuestión sobre el fundamento de la competencia legislativa valenciana cuando al tiempo de entrar en vigor la Constitución nuestro derecho foral llevaba varios siglos abolido fue parcialmente resuelta por el Tribunal Constitucional. En su sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, entendió que la exigencia de un derecho civil propio preexistente a la Constitución de 1978, como título habilitante para el ejercicio de la competencia civil, se cumplía tanto si se había dispuesto de compilación como si únicamente se había conservado alguna figura jurídica por vía de la

costumbre. Según esta tesis nuestra Comunidad tiene competencia para legislar sobre Derecho civil, pero únicamente sobre aquellas escasísimas materias que hayan pervivido en forma consuetudinaria. Esto sirvió de base para la aprobación de la Ley sobre arrendamientos rústicos.

Posteriormente en la sentencia 88/1993, de 12 de marzo, el Tribunal Constitucional ha considerado que la competencia de las Comunidades Autónomas para la “conservación, modificación o desarrollo” de su Derecho civil especial o foral se extiende, no solo a las materias por él reguladas al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, sino también a las instituciones conexas a ellas, con el fin de favorecer una actualización o innovación de los contenidos, de acuerdo con sus principios informadores peculiares”.

Aunque resulta difícil apreciar la conexión entre la regulación en materia de derecho de familia y los arrendamientos históricos y es cuestionable la utilidad de levantar el polvo de instituciones de otras épocas, lo cierto es que, a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional y en base a las facultades que le reconoce su Estatuto, la Comunidad Valenciana ha venido ejerciendo esta competencia. Ya lo hizo Ley de 10/2007, de 20 de marzo, del Régimen Económico Matrimonial Valenciano o con la prevista Ley de Sucesiones de la Generalitat Valenciana. La presente Ley Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no es sino otra muestra de ello.

6. Aspectos básicos de la Ley

Se trata de una Ley breve compuesta por siete artículos, una disposición adicional, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Según el preámbulo la nueva norma se inspira en los principios que ya fueron reconocidos por la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, y son el principio de coparentalidad, el derecho de cada menor a “crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan su voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos”, el derecho de cada menor, separado de un progenitor, “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores y el derecho de cada menor “a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos y allegados”. En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social.

También se introduce un cambio de terminología que pretende ser más acorde con los nuevos tiempos. Así se sustituye el término “patria potestad” por el de “autoridad parental”. Por otro lado se cambia el concepto de “guarda y custodia” por el de “relación de convivencia” para subrayar la relevancia del contacto cotidiano y el roce frecuente entre los progenitores y sus hijos menores, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor. Con la aspiración de procurar la adecuada formación integral del menor en todos los aspectos de su vida, la nueva norma no se limita a regular las relaciones con sus padres, sino que tiene también en consideración los vínculos afectivos con otros miembros de su familia, como con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

El régimen de convivencia compartida, que el art. 3 de la Ley define como “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre

aquellos, o en su defecto por decisión judicial”, se convierte en la regla general.

La Ley respeta el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges dándoles libertad, en el art. 4, para otorgar un “pacto de convivencia familiar” en el que deberán establecer, al menos, el régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos para garantizar el contacto con ambos progenitores, el régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con otros miembros de la familia, el destino de la vivienda y el ajuar familiar y la cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

Será sólo a falta de acuerdo cuando el juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal (se suprime la necesidad del informe positivo que enunciaba el Código civil), fijará el régimen de atribución de la custodia (art. 5). De mismo modo que la Ley aragonesa se establece expresamente que la custodia compartida será el régimen general, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos. Resulta cuestionable que esta atribución genérica de la custodia compartida con independencia de las malas relaciones entre los padres sea acorde con la protección del interés superior del menor consagrada por el art. 39 de nuestra Constitución. En mi opinión habría que estar al caso concreto pues considero que en supuestos de una relación de gran conflictividad entre los progenitores puede ser psicológicamente contraproducente para los hijos someterles a este régimen. Habrá que ver la interpretación que hacen los tribunales de este punto.

El art. 5. 3, al igual que la normativa aragonesa, catalana y navarra, trata de suplir el silencio del Código civil incluyendo un listado de criterios que la autoridad judicial deberá tener en cuenta para fijar el régimen de convivencia. Serán: la edad de los hijos, su opinión cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido los 12 años; la dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos menores y la capacidad de cada progenitor; los informes sociales médicos, psicológicos y demás que procedan; los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos menores, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, la disponibilidad de cada uno de ellos y cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

Cabe la posibilidad de acordar la convivencia individual si el juez lo considera necesario para garantizar el interés superior del menor, a la vista de los informes referidos. En este caso deberá establecerse un régimen de relaciones familiares (derechos de visita, comunicación y estancia). Excepcionalmente tampoco procederá la convivencia compartida cuando uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal de violencia de género o con los hijos, cuando la aplicación de dicho régimen de convivencia pueda suponer un riesgo objetivo para los mismos.

Respecto a la atribución de la vivienda familiar y del ajuar domésticos (art. 6) se procura que prevalezca el interés superior del menor y se atiendan los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda previéndose varias soluciones dependiendo de si la vivienda familiar es común a ambos progenitores o un bien privado del progenitor que no resulta adjudicatario del régimen de convivencia. Si se adjudica a uno de los progenitores, se fijará una compensación económica que deberá satisfacer el adjudicatario del derecho. En todo caso la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal.

Finalmente el art. 7 se ocupa de los gastos derivados de la atención a los hijos e hijas menores, estableciendo el modo en el que cada uno de los progenitores ha de contribuir a sufragarlos.

De la disposición transitoria primera, que permite revisar jurídicamente las medidas ya adoptadas conforma a la legislación anterior se teme que pueda derivarse un colapso de los juzgados. Respecto de la segunda, que declara la ley aplicable a los procesos pendientes, cabe preguntarse si la nueva ley será de aplicación sólo en los procesos pendientes de sentencia en primera instancia o también

en los que hayan en fase de apelación, solución ésta dudosa.

Se ha criticado de la Ley que, a diferencia de la aragonesa o la catalana, no haga ninguna mención a la mediación. También es patente la deficiente situación actual del gabinete psicosocial encargado de elaborar los informes a partir de los cuales el juez determina la idoneidad de la medida cuya exigencia va a provocar una ralentización de los procesos. Es cierto que Justicia está contratando a más psicólogos precisamente como consecuencia de la aplicación de la nueva Ley, pero aun así los datos parecen insuficientes.

7. A modo de conclusión

La Ley es ya una realidad y el tiempo será el mejor juez para determinar cómo se aplica, qué aspectos funcionan mejor y dónde procede incorporar mejoras. En todo caso, la apuesta por la custodia o convivencia compartida como la opción que en general es más conveniente para proteger el interés superior del menor es ya una tendencia imparable en nuestro país. Debe procurarse no caer en errores del pasado y evitar la aplicación automática del precepto, resultando necesario el análisis de las circunstancias de cada caso. De otro modo la norma se estaría volviendo en contra de su fin último pretendido. En este sentido, a falta todavía de sentencias propias y dado el gran parecido que nuestra Ley guarda con la aragonesa (sólo estas dos establecen expresamente el carácter preferente de la custodia compartida), resulta de enorme interés la sentencia 180/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 29 de marzo de 2011. En esta esperada sentencia, la primera tras la entrada en vigor de la Ley, la Audiencia ha interpretado de qué modo debe entenderse el carácter prioritario que la norma autóctona da a la custodia compartida. En su fundamento jurídico cuarto dice que “la Ley 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares, presidida por el principio básico del interés superior del menor, establece un sistema de preferencia legal por la custodia compartida de los hijos por ambos progenitores (art. 6.2), opción de política legislativa que cede a favor de la custodia individual cuando ésta se estime más conveniente para los mismos. Ello determina la exclusión de la aplicación automática de tal medida, y el necesario análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto”.