

LEY VALENCIANA DE CUSTODIA COMPARTIDA

José Luis Conde-Pumpido García
Magistrado-Juez de Familia de Castellón

I.- INTRODUCCIÓN

El 1 de abril de 2011, las Cortes Valencianas aprobaron la Ley 5/2011, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que a nivel coloquial y de medios de comunicación se ha venido en llamar Ley valenciana de custodia compartida, aunque su objeto es bastante más amplio.

Su tramitación y aprobación vino acompañada de una cierta controversia, tanto a nivel social como político, dudándose hasta última hora si vería efectivamente la luz, y tuvo que ser en el denominado “pleno escoba” o último pleno de Les Corts antes de ser disueltas y convocarse las elecciones autonómicas cuando finalmente fue aprobada con los votos favorables del PP y Compromís, y el voto contrario del PSPV y Esquerra Unida, tras ciertas disensiones internas del partido mayoritario.

Aunque, como ya he adelantado y luego explicaré, el objeto de esta ley es más amplio, su núcleo más relevante y el que ha generado más reacciones a favor y en contra es la regulación de la custodia compartida que, según se dice, constituía una demanda creciente en la sociedad valenciana que yo no sé si era mayoritaria o no, pero que desde luego no es unánime por los diferentes intereses en juego en una cuestión tan delicada.

A nivel político y legislativo ya se venía anunciando y anticipando esta tendencia normativa, siendo su antecedente más inmediato y expreso la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, que, al enumerar y regular en su Título II (“Carta de Derechos del Menor de la Comunidad Valenciana”) los distintos derechos reconocidos a los menores, incluyó, en su artículo 22 dedicado al “Derecho a las relaciones Familiares” unos principios y valores que no dejaban ninguna duda sobre la voluntad del legislador autonómico en esta materia. Así:

1.- Principio de coparentalidad: *“los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de éstos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses”*. Aunque en principio la coparentalidad debe predicarse y reconocerse en cualquier régimen de custodia, en virtud de la existencia del concepto de la patria potestad, que subsiste en ambos progenitores tras el cese de la convivencia como función superior que afecta a los aspectos y decisiones más relevantes e importantes de la vida de los hijos menores, lo cierto es que en la práctica la patria potestad quedaba con frecuencia muy difuminada y relegada a un segundo plano, invadida por una fuerza expansiva de la guarda y custodia, con una incorrecta confusión entre ambas figuras, de manera que demasiado a menudo el titular de la custodia se arrogaba en exclusiva unas facultades más propias de la patria potestad, eliminando o reduciendo al máximo las facultades del progenitor no custodio, que pasaba así a ser un progenitor residual o de segunda categoría (progenitores meramente visitantes y pagadores). Este tipo de situaciones, indeseables pero muy frecuentes, son las que

generaron una grandísima frustración en un amplio colectivo de padres separados (digo padres porque, aunque entre los defensores de la custodia compartida hay tanto hombres como mujeres, lo cierto es que estadísticamente, y puesto que en más del 90% de las rupturas familiares la custodia se atribuía a las madres, han sido los padres los que más han sufrido estos problemas, por lo que la custodia compartida ha sido especialmente defendida por padres, y ha encontrado sus mayores obstáculos en sectores feministas, que no quieren ni oír hablar de esta figura) y fue el germen de un movimiento reivindicativo en pro de la custodia compartida, que ha ido creciendo progresivamente en los últimos años y presionando para obtener modificaciones legislativas que amparasen sus pretensiones. Por ello, cuando la Ley 12/2008 aludía a la coparentalidad, también estaba claramente pensando en el ejercicio compartido de la custodia.

2.- Derecho de los menores *“a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos”*. Se trata de un derecho que apunta en la misma dirección que el principio de coparentalidad y que alude a la noción, reiteradamente citada en la Ley 5/2011, de la convivencia igualitaria.

3.- Derecho del menor, en casos de separación de sus padres, *“a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular”*. Este derecho tiene un ámbito de aplicación más amplio, porque no sólo ha de entenderse como una base para la custodia compartida, sino también en aquellos otros casos en los que se establezca una custodia exclusiva monoparental, en los que ha de garantizarse la correcta relación del hijo con el otro progenitor. Y ello es así, y no conviene olvidarlo, porque estamos hablando siempre de derechos de los hijos, y no de los padres, y es evidente que, salvo casos excepcionales de relaciones que podríamos calificar como “nocivas” o “tóxicas” (padres maltratadores, abusos, desprotección...), todo niño necesita por igual a la figura materna y a la paterna, como una parte importante y necesaria para su correcto desarrollo afectivo y emocional, lo que ha de llevar además a adoptar siempre un criterio muy restrictivo a la hora de establecer limitaciones en los regímenes de visitas.

4.- Derecho de cada menor *“a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados”*. Aquí nos encontramos con un derecho de ámbito más amplio, que no aparece referido únicamente a los progenitores, sino a lo que se denomina familia extensa, con la que el menor también ha de relacionarse al ser uno de los núcleos principales de socialización y desarrollo personal.

5.- Finalmente, hay que tener en cuenta que en la observancia de los anteriores derechos, prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social. Se reconoce así el omnipresente principio superior del “favor filii” o de protección del interés del menor, consagrado en los Tratados y Resoluciones de las organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, así como el artículo 39-2 de la Constitución Española, que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos. Este principio inspira también numerosos preceptos del Código Civil, y constituye la idea básica de la regulación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y, por supuesto, ha de constituir el eje central de toda la normativa relativa a menores, entre las que se encuentra la nueva Ley valenciana objeto de esta ponencia.

Este principio ha de estar siempre presente a la hora de adoptar cualquier medida que afecte a un menor, y ha de constituir el criterio interpretativo de todas las normas existentes en la materia. El problema radica en determinar “qué es” o “en qué consiste” el interés superior del menor, porque nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado, carente de una definición legal. Antes que nada hay que tener en cuenta que el interés del menor no es un concepto general, sino que ha de ser valorado y apreciado en cada caso concreto en atención a las circunstancias concurrentes, de forma que lo que para un niño concreto puede responder a su interés, para otro niño no.

Pese a esta indeterminación del concepto de interés del menor, es posible extraer algunas manifestaciones o contenidos del mismo a partir de la doctrina y la jurisprudencia, desde determinadas perspectivas o puntos de vista. Así:

1.- Desde una perspectiva personal del propio menor, su interés pasa por que se tengan en cuenta sus expectativas y opiniones, aunque sobre este particular no hay que perder de vista dos cosas: que voluntad del menor e interés del menor no son necesariamente conceptos sinónimos (los niños aún no tienen completamente formada su voluntad, por lo que esta puede ser manipulada o responder a fines puramente egoístas que no sean realmente beneficiosos para ellos) y que conviene desterrar esa idea tan difundida de que los niños deciden a partir de los 12 años (quienes deciden son los padres o tutores o, en su defecto, el Juez, que no está vinculado por lo que quiera el menor, sino que esa voluntad habrá de ser siempre interpretada y valorada en relación con el resto de medios probatorios de que se disponga en el procedimiento). En definitiva, el interés del menor, desde la perspectiva de éste, pasa por respetar su derecho a ser oído, pero no un derecho a que se decida lo que él quiere.

2.- Desde una perspectiva familiar, el interés del menor tiene diversas manifestaciones, como son el de mantenerse en el seno de su familia biológica, el de mantener la máxima relación con sus progenitores (de ahí por ejemplo el carácter restrictivo con el que han de adoptarse limitaciones al régimen de visitas), el de la relación con otros parientes, o el principio de la no separación de los hermanos, entre otros.

3.- Desde un punto de vista social, el interés del menor exige una educación del mismo en valores superiores comúnmente aceptados (dignidad, libertad, igualdad...) y evitar cualquier forma de socialización que pueda considerarse como “anómala” o “tóxica” (situaciones de drogadicción, violencia, delincuencia, bandas callejeras, sectas...).

II.- ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 2 de la Ley 5/2011 establece que *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.4 del Estatut d’Autonomía de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar del Código Civil, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”*.

El artículo 3.4 del Estatut d’Autonomía de la Comunitat Valenciana dispone que *“el Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código Civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes”*.

Se establece así un ámbito de aplicación de tipo personal, y no geográfico, que supone que para poder aplicar las normas de la nueva ley, no hay que estar al criterio del domicilio o del lugar de residencia (que será determinante para determinar la

competencia judicial), sino al de la vecindad civil de las partes (en este caso, el de los menores). Hay que deslindar así las normas de competencia (principalmente las del artículo 769 de la LEC) con las del derecho aplicable (contenidas fundamentalmente en el artículo 14 del CC).

Como el artículo 2 de la Ley 5/2011 contempla como criterio de aplicación de la ley el de la vecindad civil valenciana de los menores, hay que acudir al artículo 14 del CC para ver cuándo un menor tiene esa vecindad civil valenciana. Las normas de atribución de la vecindad civil contenidas en ese precepto son las siguientes:

1.- Regla general: tienen la vecindad civil en territorio de derecho común o en uno de los de derecho foral o especial los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Es decir, que los padres transmiten a sus hijos por el nacimiento su vecindad civil (al igual que les transmiten la nacionalidad conforme al artículo 17.1 CC, o los apellidos conforme al artículo 109 CC).

Del mismo modo, por la adopción el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.

2.- Normas especiales para hijos cuyos progenitores ostenten distintas vecindades civiles:

- si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes (ejemplo, hijo no matrimonial que es inscrito inicialmente sólo con la filiación materna, y que posteriormente es reconocido por el padre o se dicta sentencia determinado la filiación paterna, o hijo biológico con un solo progenitor que posteriormente es adoptado por el otro)

- en defecto de lo anterior (esto es, si la filiación se hubiera determinado simultáneamente respecto de ambos progenitores): el del lugar de nacimiento

- en último término, se tiene la vecindad común (sería el caso de un hijo cuyos padres tienen distinta vecindad civil, la filiación se determinó al mismo tiempo respecto de ambos, y no hubiera nacido en España)

3.- Cambio de vecindad civil por voluntad de los padres: los padres, o aquel que ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los 6 meses siguientes al nacimiento o la adopción. Se refiere a supuestos en los que, por aplicación de las reglas anteriores, el hijo ha adquirido una vecindad civil distinta a las de sus progenitores, o la de uno de ellos, y se decide cambiarla a la de cualquiera de ellos o a la del otro en ese plazo de 6 meses desde el nacimiento o la adopción.

4.- Cambio de vecindad civil por voluntad del menor: en todo caso el hijo desde que cumpla los 14 años y hasta que transcurra un año desde la emancipación, podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, deberá estar asistido en la opción por su representante legal.

5.- Cambio de la vecindad civil por residencia:

- la vecindad civil se adquiere por la residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad

- se adquiere igualmente por residencia continuada durante 10 años si n declaración en contrario durante ese plazo.

Estas dos declaraciones han de hacerse constar en el Registro Civil, y no necesitan ser reiteradas.

Las declaraciones tiene un efecto distinto: en el primer caso, persigue la adquisición de la vecindad en un plazo temporal (de 2 años) más corto que el general (de 10 años), mientras que la segunda pretende evitar la adquisición de la nueva

vecindad que se produciría por el lapso temporal de 10 años. Se trata pues de una declaración adquisitiva en el primer caso y de una declaración conservativa.

Sintetizando todas las normas que se han expuesto, ¿qué menores tienen la vecindad civil valenciana y, por tanto, se les aplicaría la Ley 5/2011?:

1.- Los nacidos de padre y madre que tengan ambos vecindad civil valenciana.
2.- Los hijos que tengan determinada únicamente una filiación si el progenitor tiene la vecindad valenciana.

3.- Los adoptados por una sola persona si el adoptante tiene la vecindad civil valenciana.

4.- Los adoptados por dos personas si los dos adoptantes tienen vecindad valenciana.

5.- Los nacidos de dos progenitores con distinta vecindad civil, cuando la filiación se hubiera determinado antes respecto del que tiene vecindad valenciana.

6.- Los nacidos de dos progenitores con distinta vecindad civil, y cuya filiación hubiera sido determinada simultáneamente, si han nacido en la Comunidad Valenciana.

7.- Los adoptados por dos progenitores con distinta vecindad civil, si hubieran sido adoptados primeramente por el adoptante que tiene vecindad valenciana.

8.- Los adoptados al mismo tiempo por dos progenitores con distinta vecindad civil, si el adoptado hubiera nacido en la Comunidad Valenciana.

9.- Los nacidos con una vecindad civil distinta a la valenciana, con un progenitor con vecindad valenciana, cuyos progenitores, o aquel que ejerce o tiene atribuida la patria potestad, les atribuyen la vecindad valenciana dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento.

10.- Los adoptados que por la adopción adquieren una vecindad distinta a la valenciana, con uno de los adoptantes con vecindad valenciana, cuyos padres adoptivos, o aquel de ellos que ejerza o tenga atribuida la patria potestad, les atribuyan la vecindad valenciana dentro de los 6 meses siguientes a la adopción.

11.- Los hijos menores de edad no emancipados, pero de al menos 14 años de edad, nacidos en la Comunidad Valenciana pero con otra vecindad civil distinta, que optan, asistido por su representante legal, por la vecindad valenciana como la propia de su lugar de nacimiento.

12.- Los hijos menores de edad no emancipados, pero de al menos 14 años de edad, que no tienen la vecindad valenciana pero uno de cuyos progenitores sí la tiene, que optan, asistidos por su representante legal, por la vecindad valenciana como última vecindad de su progenitor.

13.- El hijo menor de edad, pero emancipado, que no tiene vecindad civil valenciana, nacido en la Comunidad Valenciana pero con otra vecindad civil distinta, que opta por sí mismo por la vecindad valenciana como la propia de su lugar de nacimiento, antes de que transcurra un año desde su emancipación.

14.- El hijo menor de edad, pero emancipado, que no tiene la vecindad civil valenciana, pero uno de cuyos progenitores sí la tiene, que opta por sí mismo por la vecindad valenciana como última vecindad de su progenitor, antes de que transcurra un año desde su emancipación.

15.- El menor con vecindad distinta a la valenciana que reside en la Comunidad Valenciana continuamente durante 2 años, cuyo representante legal manifieste ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de que el menor adquiera la vecindad civil valenciana.

16.- El menor con vecindad distinta a la valenciana que reside en la Comunidad Valenciana continuadamente durante 10 años y cuyo representante legal no manifieste ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de que el menor conserve su anterior vecindad civil.

17.- El menor con vecindad civil valenciana que reside fuera de la Comunidad Valenciana durante 10 años y cuyo representante legal manifieste ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de que el hijo conserve la vecindad valenciana.

La cuestión se complicaría aún más cuando dentro de un mismo grupo familiar hubiera hijos con diferente vecindad civil, porque se plantearía la cuestión de si cada uno de ellos habría de regularse por una ley, o sería más conveniente aplicar la misma respecto de todos ellos.

En principio, no cabe plantear la aplicación de la Ley 5/2011 respecto de menores extranjeros, por cuanto que los ciudadanos foráneos carecen de vecindad civil. Únicamente cabría plantearse tal posibilidad en aquellos caso en que resultaran de aplicación normas internacionales (tratados, reglamentos de la Unión Europea...) que se remitan como ley aplicable a la ley propia del tribunal competente para resolver el caso concreto, en cuyo caso se podría discutir si los tribunales españoles radicados en la Comunidad Valenciana deberían resolver conforme al Derecho común o al foral o especial de esta Comunidad.

Un problema que plantea la determinación de la ley aplicable es el de la prueba de la vecindad civil, al tratarse de una circunstancia que depende de una pluralidad de factores (vecindad de los progenitores, lugar de nacimiento, cambio de residencia, voluntad de los progenitores...). En este sentido se ha pronunciado la STS de 20 de febrero de 1995: *“ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina que la prueba de la vecindad civil es de las más arduas, dado que puede operar al margen de toda constancia documental e, incluso, sin la actividad voluntaria del adquirente”*. Conocer la verdadera vecindad civil de una persona obligaría a una exhaustiva investigación de toda su vida, e incluso la de sus progenitores, que resulta claramente inviable. Por ello, los tribunales aplicarán la normativa que consideren oportuna según lo que resulte del conjunto de pruebas aportadas al procedimiento (tendrán a estos efectos especial relevancia las certificaciones del registro Civil que se han de acompañar necesariamente con la demanda conforme al artículo 770-1ª de la LEC).

III.- DEFINICIONES LEGALES

La Ley 5/2011, en su artículo 3, contempla una serie de definiciones de conceptos empleados en su articulado, que encuentran paralelismo con determinados conceptos del Derecho común. Veámoslos.

1.- Régimen de convivencia compartida: se entiende por tal 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 aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.

Se trata del equivalente a la noción de guarda y custodia compartida a la que alude el artículo 92 del CC en sus apartados 5 y 8, con tres peculiaridades:

A) La ley valenciana ofrece una definición legal de este régimen, definición que el CC no da, limitándose a emplear el término, pero sin definirlo ni explicarlo. El rasgo fundamental de este concepto es la distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de los hijos con cada progenitor.

B) El legislador valenciano se aparta de la terminología clásica de “guarda y custodia”, que ya resulta un tanto arcaica, y la sustituye por “convivencia”.

C) Como veremos luego, la ley valenciana ha dado a esta modalidad el rango de norma general, a diferencia del CC, que la contempla como un régimen excepcional.

2.- Régimen de convivencia individual: se entiende por tal una modalidad excepcional del régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso.

Se trata del equivalente a la noción de custodia exclusiva, caracterizado por quedar los hijos viviendo de forma principal con uno solo de los progenitores, acompañado de un sistema que les permite relacionarse con el otro.

Al igual que lo sucedido con el régimen de convivencia compartida, la Ley valenciana define este régimen (el CC no lo hace), utiliza otra terminología más moderna y, a diferencia del Derecho común, la configura como el régimen subsidiario (el CC lo contempla como el régimen normal y principal).

3.- Régimen de relaciones: se entiende por tal el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia.

Es el equivalente al régimen de visitas y comunicaciones regulado en el artículo 94 del CC, que ha de entenderse aplicable tanto en supuestos de régimen de convivencia individual como en los de convivencia compartida por periodos largos.

4.- Pacto de convivencia familiar: se entiende por tal el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley.

Es una figura paralela al convenio regulador regulado en el artículo 90 del CC, que ha de ser aprobado por los trámites del artículo 777 de la LEC.

5.- Gastos ordinarios: considera tales aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho periodo.

Se trataría de los gastos que, en la regulación del CC, quedarían incluidos dentro de la pensión de alimentos.

Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia. Se trata de una enumeración similar a la que hace el artículo 142 del CC, con la salvedad de que, al margen de los que legalmente siempre tienen esa consideración de ordinarios, se incluyen también aquellos otros que, aunque en principio no lo serían, revisten esta condición por acuerdo de las partes, así como aquellos otros que, si bien con carácter general podrían considerarse como extraordinarios, estuvieran consolidados antes de la separación, esto es, que se trate de gastos que hubieran venido produciéndose con reiteración y de manera prolongada en el tiempo.

6.- Gastos extraordinarios: se consideran tales los que puedan surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma excepcional. Aunque al dar la definición no se diga expresamente, se da cabida al principio de la autonomía de la voluntad, de modo que las partes pueden otorgar la condición de extraordinarios a determinados gastos que no lo son, sacándolos así de la cantidad destinada a cubrir los gastos ordinarios.

IV.- PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR

Tras dar las definiciones legales que hemos visto en el artículo 3, el artículo 4 se ocupa de regular el pacto de convivencia familiar que, como he dicho antes, es la figura equivalente al convenio regulador del CC.

Se trata de un documento suscrito por ambos progenitores que no convivan o cuya convivencia haya cesado, en el que establecen los términos de su relación con sus hijos e hijas. La ley establece un contenido mínimo del pacto de convivencia, señalando que deberá establecer, como mínimo, los siguientes extremos:

- a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas para garantizar su contacto con ambos progenitores.
- b) El régimen mínimo de relación con los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación.
- c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar.
- d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

Si se compara este precepto con el artículo 90 del CC se extraen las siguientes conclusiones:

1ª.- Existe un paralelismo de los 4 epígrafes del artículo 4 de la Ley valenciana 5/2011 con los 4 primeros apartados del artículo 90 CC que disponen:

- a) cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos
- b) si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicaciones de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre, el interés de aquéllos
- c) la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar
- d) la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como las bases de actualización y garantías, en su caso.

2ª.- La previsión de la ley valenciana es más reducida que la del CC, porque éste, además de los extremos que se acaban de comentar, contempla la inclusión de otros dos que no son mencionados en la ley valenciana:

- e) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio
- f) la pensión que, conforme al artículo 97, correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Esto se debe a que la ley valenciana tiene un objeto más reducido y específico que el del CC, por cuanto que, como se desprende de su propio título, va dirigida únicamente a regular “*las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*”, con lo que quedan fuera de su ámbito de aplicación todas aquellas otras cuestiones que afectan únicamente a los progenitores entre sí, pero no a los hijos (así, la liquidación del régimen económico matrimonial, o la pensión compensatoria).

Esto no quiere decir que el pacto de convivencia familiar no pueda regular estas otras cuestiones de índole meramente patrimonial entre los cónyuges, por cuanto que el propio artículo 4 establece que se trata de un contenido mínimo (“*deberá establecer, al menos, los siguientes extremos...*”). Pero todas estas otras medidas se

deberán regular necesariamente conforme al Derecho común, porque el valenciano no las regula.

3ª.- En la regulación de materias comunes también se aprecian algunas diferencias entre ambas normativas.

A.- En cuanto a la relación de los hijos con la familia extensa, el CC sólo contempla un régimen de visitas y comunicaciones de los nietos con sus abuelos, mientras que la ley valenciana extiende estas visitas de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Esto no implica que en un convenio regulador suscrito al amparo del CC no se puedan prever relaciones de los hijos con estos otros parientes, porque el artículo 160 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, establece que *“no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias”*. Lo que supone que estas relaciones de los menores con otros parientes y allegados distintos de los abuelos pueden ser objeto de regulación en un convenio regulador, respetando la previsión contenida en el último párrafo del artículo 90 CC cuando dice que *“si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento”*. Este requisito de la prestación de consentimiento por parte de los parientes o allegados respecto de los cuales se establece algún régimen de relación con los hijos menores hay que entenderlo igualmente exigible en los casos en que se regulen mediante pacto de convivencia al amparo de la ley valenciana, aunque esta ley nada diga al respecto, pues resultaría inadmisibles establecer derechos y obligaciones de terceras personas sin haber recabado previamente su consentimiento.

Existe, sin embargo, otra corriente de opinión que considera que no sería preciso que los parientes o allegados respecto de los cuales se establezca un régimen de relaciones tuvieran que prestar su consentimiento, en atención al inciso que dice *“sin perjuicio del derecho de éstos los parientes o allegados) a ejercer tal relación”*, con lo que bastaría con que en el pacto de convivencia se contemplara tal régimen de relaciones, pero sin que el mismo resultara obligatorio para los parientes (lo cual no deja de ser absurdo en cierto modo).

B.- En cuanto al uso de la vivienda, la ley valenciana es más amplia que el CC, pues éste únicamente se refiere al uso de la vivienda y ajuar familiar, mientras que la Ley 5/2011 va más allá en dos sentidos:

a) no habla de “uso” sino de “destino”, lo que incluye otras posibilidades distintas a la simple asignación del uso, como puede ser la venta del inmueble, solución ésta que en muchos casos es la más convenientemente desde un punto de vista económico, especialmente cuando la vivienda es copropiedad de ambos progenitores y existen cargas y gravámenes de difícil cumplimiento que a menudo van irremediablemente abocadas a la pérdida de la vivienda por impago;

b) no se limita a lo que es propiamente el domicilio familiar (esto es, aquella vivienda que constituye el centro de vida ordinario de la familia), sino que incluye expresamente *“otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar”*, es decir, lo que se viene llamando “segunda vivienda” (el ejemplo más típico es el de las viviendas de vacaciones). El CC es más limitativo en cuanto a la posibilidad de decidir sobre el uso de segundas residencias, aunque en la práctica este criterio restrictivo se viene aplicando más en los procedimientos contenciosos, en los que la doctrina mayoritaria (que no unánime) de las Audiencias Provinciales se muestra reacia a decidir sobre estas segundas viviendas, a

menos que existan motivos justificados que así lo aconsejen, pero en los procedimientos de mutuo acuerdo no existe ninguna objeción para aprobar cláusulas relativas a esta materia. La regulación de la ley valenciana en materia de vivienda familiar, que se verá después, es más avanzada que la normativa estatal, pues abre un abanico más amplio de posibilidades que se adecuan mejor a la realidad económica de la familia, alejándose del criterio estricto del artículo 96 del CC.

C.- En cuanto al pago de los gastos de los hijos, falta en la normativa valenciana la previsión de la posibilidad de establecer las bases de actualización y garantías de su pago, que sí están contempladas en el CC. Sin embargo, esta omisión no impide que en el convenio se pacten estos extremos que además, en lo que se refiere a las cláusulas de actualización, yo entiendo que son de obligada previsión, como medio para evitar la depreciación de las cantidades destinadas a sufragar los gastos ordinarios, que en procedimientos contenciosos los tribunales han de fijar sin necesidad de que exista petición expresa de las partes.

4ª.- Aunque el artículo 4 habla de contenido mínimo del pacto de convivencia, la lógica indica que dos de sus apartados (el régimen de convivencia y/o de relaciones, y la cuantía y modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas) habrán de estar siempre presentes, pero los otros dos (el régimen de relación con parientes y allegados, y el destino de la vivienda familiar) no tienen por qué incluirse necesariamente, pues bien puede suceder que no exista una vivienda común respecto de la cual deba preverse su destino, o que no exista familia extensa respecto de la cual se considere necesario establecer un régimen mínimo de relación, sin perjuicio de que cualquier pariente o allegado pueda ejercitar su derecho al establecimiento de un régimen de relaciones conforme al artículo 160 del CC. Aunque, respecto de este último punto, existen voces que consideran que es obligatorio prever en todo caso en el Pacto de Convivencia Familiar un régimen de relaciones con la familia extensa, aunque luego ésta no quiera ejercerlo.

5ª.- Se prevén unos motivos que pueden dar lugar a la modificación o extinción del pacto de convivencia familiar:

- a) por las causas especificadas en el propio pacto
- b) por mutuo acuerdo
- c) a petición de uno de los progenitores, cuando hubieran sobrevenido circunstancias relevantes
- d) por iniciativa del Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores e incapacitados
- e) por privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores, sobrevenida al pacto
- f) por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto.

Salvo el primer motivo, que puede dar lugar a la modificación o la extinción automática del pacto de convivencia familiar, los restantes supuestos son causas que pueden dar lugar a la interposición de un procedimiento de modificación de medidas, bien sea de mutuo acuerdo (apartado b), bien en vía contenciosa (los restantes).

5ª.- Finalmente, el artículo 4 señala que *“el pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal”*. Se consagra así la necesidad de aprobación judicial (con la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal por incluir medidas que afectan a hijos menores) para que sea eficaz el pacto, así como sus modificaciones o extinción. Respecto a esta última, el precepto se refiere, aunque no lo diga, a aquellos casos en que las medidas hayan de quedar sin efecto por causas distintas a las establecidas en la ley o

en el propio pacto, porque en estos casos las medidas quedarían sin efecto automáticamente sin necesidad de una posterior resolución judicial que así lo dijera (por ejemplo, las medidas relativas a convivencia de los hijos menores han de considerarse extinguidas automáticamente al alcanzar los hijos la mayoría de edad).

Esta necesidad de aprobación judicial implica que la ley no concede eficacia alguna, ni siquiera como mero contrato o negocio jurídico, al pacto de convivencia familiar en tanto no obtenga sanción judicial. Esta falta de eficacia deberá, sin embargo, entenderse reducida a las materias que conforman su contenido mínimo, esto es, aquellas que afectan a los hijos e hijas menores, pero no a otras cuestiones que, más allá de ese contenido mínimo, hubieran podido pactar los progenitores (por ejemplo, la liquidación de su régimen económico matrimonial).

V.- MEDIDAS JUDICIALES

Después de regular en el artículo 4 el pacto de convivencia, el artículo 5 contempla la adopción de medidas por parte de la autoridad judicial a falta de pacto entre los progenitores.

Curiosamente, aunque el título del artículo 5 es el de “*Medidas judiciales*”, se limita a regular lo relativo al régimen de convivencia, dejando la regulación de otras medidas que también son judiciales (como son la atribución del uso de la vivienda y la contribución a los gastos de los hijos) a los artículos 6 y 7.

Este artículo 5 es quizá el más importante de toda la ley, hasta el extremo de haber dado lugar al calificativo coloquial y popular de la norma como “ley de custodia compartida” aunque, como estamos viendo, ni se limita a esa materia ni emplea esa terminología. Pero no cabe duda de que esta cuestión no sólo es la que impulsó la tramitación y aprobación de la ley, sino también la que más expectativas y controversia ha suscitado a todos los niveles. La regulación del régimen de convivencia se realiza en los siguientes términos:

1. Regla general: se “*atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos*”.

2.- Régimen excepcional: “*la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan*”.

Una vez más, el legislador valenciano da la vuelta a la regulación del CC porque si el artículo 92.8 CC exige para adoptar una custodia compartida que se fundamente “*en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”, el artículo 5.4 de la Ley 5/2011 establece el mismo condicionante para acudir a un régimen de convivencia compartida.

En este supuesto, se “*deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores*”. Es decir, que cualquier régimen de convivencia individual habrá de venir acompañado por un régimen de relaciones (de visitas) adecuado, lo que es siempre necesario y conveniente para el interés del menor, que pasa por mantener su relación con ambos progenitores cuando éstos dejen de vivir juntos, y de la forma más amplia posible, adoptando siempre un criterio restrictivo a la hora de imponer cualquier tipo de limitación a ese régimen de visitas.

Con esta norma, la ley valenciana se aparta totalmente de la regulación del CC, e invierte la preferencia legal sobre uno u otro régimen de convivencia. Efectivamente,

mientras que el artículo 92.8 del CC contempla la custodia exclusiva como regla general, y la compartida como un régimen excepcional, la Ley 5/2011 hace completamente lo contrario: la convivencia compartida es la general y la individual la excepción.

Yo personalmente no comparto ni la solución del CC ni la de la ley valenciana, porque me parece que la regulación más correcta sería aquellas que no diera preferencia a una u otra modalidad, sino que las colocara a un nivel de total igualdad, de forma que en cada caso concreto fuera el juez, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta siempre como principio preferente el del interés del menor, el que adoptara una u otra solución en relación con lo que se considere más adecuado y beneficioso para los menores objeto de cada procedimiento. He venido criticando reiteradamente la regulación del CC por esta causa, considerando que cuando introdujo la custodia compartida lo hizo un poco con la boca pequeña, sin ningún tipo de convicción e imponiendo unas condiciones y requisitos tan estrictos que la hacen inviable en la mayoría de los casos, y tengo que hacer la misma crítica respecto de la ley valenciana, que ha querido generalizar una custodia compartida que en algunos casos puede no resultar apropiada por no ajustarse a la situación y al funcionamiento de un amplísimo porcentaje de familias españolas.

En contraste con el posicionamiento marcado del legislador estatal y del valenciano a favor de una u otra modalidad, me parece más equilibrado y acertado el criterio mantenido por la Ley foral Navarra 3/2011, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (publicada en el BOE del 12 de abril de 2011), cuyo artículo 3.2 establece que *“en caso de que la solicitud (de guarda y custodia de los hijos) se realice por uno solo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos”*, para señalar después en el artículo 3.3 que *“el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores...”*. El legislador navarro ha adoptado una solución más neutra y, a mi modo de ver, más correcta al poner al mismo nivel las dos modalidades de custodia, y remitir en cada caso concreto al criterio del Juez basado en el interés superior del menor.

Me llama la atención el último inciso del apartado 2 del artículo 5 de la Ley valenciana cuando señala que no serán obstáculo para la adopción de la custodia compartida la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos. La primera circunstancia (oposición de un progenitor) es obvio que no ha de resultar un obstáculo para la custodia compartida (tampoco lo es en la regulación del CC), porque, de no ser así, no se estaría regulando la adopción de esta medida por la autoridad judicial, que evidentemente solamente se produce cuando no hay acuerdo entre las partes, porque si hay acuerdo, éste se recogería en el pacto de convivencia o en la sentencia judicial como medida no controvertida. En cualquier caso en que se discuta sobre el régimen de convivencia siempre habrá oposición por parte de un progenitor.

En cuanto al otro posible obstáculo (las malas relaciones entre los progenitores) yo creo que la ley valenciana la ha incluido expresamente para soslayar un argumento alegado de forma recurrente por la parte que se opone a la custodia compartida, conforme al cual esta modalidad no resulta factible cuando existe esa mala relación. No le falta razón al legislador valenciano por cuanto que la mala relación entre los progenitores es una circunstancia negativa no sólo para una convivencia compartida, sino también para la exclusiva, pues ningún bien va a hacerles a los hijos ver cómo sus padres se están tirando los trastos a la cabeza continuamente. Ahora bien, habrá que valorar en cada caso concreto la intensidad de esa mala relación (es raro que en un

contexto de ruptura familiar las relaciones sean idílicas y en la inmensa mayoría de los casos existe cierta mala relación, porque de no ser así a lo mejor la ruptura no se habría producido), porque si alcanza cotas desproporcionadas puede hacer inviable el necesario nivel de consenso y colaboración que la convivencia compartida precisa.

3.-Pese a la preferencia del régimen de convivencia compartida sobre el individual, esta opción no es en modo alguno automática, por cuanto que en el propio artículo 5 se contempla una serie de factores a tener en cuenta por la autoridad judicial antes de fijar el régimen de convivencia, a la vista de la propuesta de pacto de convivencia que cada progenitor presente:

a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores. Nada dice la ley sobre qué influencia tiene la edad de los hijos a la hora de determinar su régimen de convivencia, y si hay determinadas edades en las que, a priori, sea más conveniente una convivencia compartida o exclusiva. Únicamente en caso de lactantes se abre la puerta a fijar, por esta causa, un régimen que se acerca más a la convivencia individual, pero siempre con carácter temporal, transitorio y progresivamente ampliable.

b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieren madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años. Es un requisito común con la normativa estatal, aunque el artículo 92.6 del CC no regula la audiencia de los menores de manera tan automática, sino que la prevé cuando se considere necesario de oficio o a petición del Fiscal, de las partes, del Equipo Técnico o del propio menor, siempre que tengan suficiente juicio (no es siempre necesario por el mero hecho de que tengan 12 años cumplidos). Yo, en cualquier caso, cuando se discute la custodia, los oigo siempre cuando tienen 12 años e incluso algo más pequeños (deniego las exploraciones de niños muy pequeños, aunque me las pidan, por la escasa solidez de esos testimonios fácilmente inducidos).

c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos menores y la capacidad de cada progenitor. Estas sí que son circunstancias verdaderamente relevantes, porque lo que se intenta al fijar el régimen de custodia o convivencia es que los hijos experimenten el menor cambio posible en relación con la situación anterior a la ruptura, dejando aparte el inevitable cambio que supone dejar de convivir simultáneamente con ambos progenitores. Ver quién se ha venido ocupando de los hijos durante la convivencia familiar y las capacidades parentales de cada progenitor son factores muy decisivos y que a menudo determinan el régimen que finalmente se fija. Pretender un régimen de convivencia compartida o individual para sí por parte de un progenitor que durante la convivencia familiar se ha desentendido completamente del cuidado de los hijos, o que carece de las más elementales habilidades parentales resulta en cierto modo un disparate.

d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En este tipo de controversias, la emisión de dictámenes periciales bien hechos resulta imprescindible. Para ello es muy conveniente que todos los Juzgados con competencia en esta materia estén convenientemente dotados de un Equipo Técnico o Psicosocial que pueda emitir estos informes con la suficiente rapidez y de forma objetiva e imparcial, que es lo que se echa a menudo en falta en las periciales de parte, que hay que valorar con las debidas cautelas.

e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. Esta circunstancia la entiendo en relación con el arraigo familiar, que

puede determinar que se acuerde un régimen de convivencia más intenso con esa familia con la que el menor tiene más arraigo, pero no el arraigo escolar por cuanto que cualquier régimen de convivencia, del tipo que sea, ha de procurar la mayor estabilidad posible de los menores, lo que incluye necesariamente el mantenimiento de los mismos en su entorno escolar, siendo inviable cualquier régimen de convivencia que obligue a cambiar al menor constantemente de colegio, o que lo saque de su ambiente social habitual (salvo circunstancias muy justificadas). Esto va implícito en la exigencia de que los domicilios de los progenitores no se encuentren muy alejados (requisito que, curiosamente y pese a ser de sentido común, no aparece expresado ni en el artículo 92 del CC ni en el artículo 5 de la Ley 5/2011), aunque teniendo en cuenta que actualmente no se habla tanto de “proximidad” de los domicilios sino de “compatibilidad” de los mismos, esto es, que no se requiere que estén a pocos metros de distancia, sino que sus respectivas ubicaciones permitan a los menores mantener su ambiente social y escolar. Así, sería factible un régimen de convivencia compartida en que los progenitores vivan en localidades cercanas (por ejemplo, Castellón y Vila-real) en las que la distancia no es obstáculo para seguir yendo al mismo colegio o a las mismas actividades que solía realizar. No sería posible, por el contrario, con domicilios muy lejanos (por ejemplo, uno en Vinaroz y otro en Valencia).

f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. Se trata una vez más de un factor de especial relevancia, por cuanto que la convivencia con los hijos requiere una disponibilidad horaria para poder atenderlos personalmente que está directamente relacionada con los horarios laborales de los progenitores. Hay horarios laborales prolongados, o a turnos, que son más difíciles de conciliar con el horario de los hijos que, por ejemplo, un trabajo a tiempo parcial de mañanas o un horario de funcionario que deja más horas libres para ocuparse de los hijos.

g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo menor de edad. Aquí no solo se valora la disponibilidad horaria, sino también las capacidades parentales para ocuparse personalmente de las atenciones que precisan a todos los niveles los hijos (aseo, comidas, deberes escolares...).

h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos. Aquí podrían incluirse todos aquellos factores que, no previstos expresamente en los apartados anteriores, puedan tener importancia a la hora de establecer el régimen de convivencia (por ejemplo, características de personalidad de los progenitores, posibles patologías psicológicas o psiquiátricas; existencia de hijos que precisen una especial dedicación; adicciones y toxicomanías...).

Sí que conviene señalar, por ser esta una novedad importante que diferencia la regulación de la ley valenciana respecto de la del CC, que se ha suprimido la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal contenida en el artículo 92.8 del CC. Esta diferencia es, a mi entender, positiva, por cuanto que se ha criticado hasta la saciedad ese requisito del CC, que siempre se ha entendido como una limitación injustificada de las facultades decisorias del Juez. En todos los procedimientos que afectan a menores o incapacitados es preceptiva siempre la intervención del Ministerio Fiscal, como institución que tiene encomendada entre sus funciones, la de la defensa de estos colectivos. Pero en ninguna norma en el ámbito del Derecho Civil, salvo el artículo 92.8 del CC, esta intervención preceptiva resulta vinculante para el Juez porque en estos procesos, el Ministerio Fiscal es una parte más, sin ningún tipo de privilegio procesal, y su opinión, si bien es cierto que es imparcial a diferencia de la de las partes, es una opinión más que el Juez ha de tener en cuenta, pero sin estar vinculado por ella. Nada

debería impedir que el Juez pudiera resolver estas cuestiones con total libertad, sin estar limitado por el informe del Fiscal, con el que puede no coincidir. Bien es verdad que en muchas ocasiones, el informe desfavorable del Fiscal resulta muy cómodo para el Juez, que no necesita mayores argumentos para rechazar una custodia compartida. Pero, cuando de la prueba practicada se desprende la idoneidad y conveniencia del régimen de custodia compartida en el caso concreto, y resulta imposible acudir a este sistema por falta de informe favorable del Fiscal, puede llegar a ser algo frustrante. Y ello especialmente cuando, en líneas generales, el criterio de la Fiscalía respecto de la custodia compartida resulta muy restrictivo, siendo difícilísimo conseguir un informe favorable cuando no hay acuerdo entre las partes (e incluso a veces para aprobarla en convenio regulador si el Ministerio Público no está conforme con el sistema concreto pactado por las partes). En cualquier caso, cuando resulte aplicable la normativa valenciana, el informe del Ministerio Fiscal no resultará vinculante.

4.- Control judicial: es interesante la previsión del apartado 5 del artículo 5 conforme a la cual *“la autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia”*. Se faculta así al tribunal para que, a petición de cualquiera de las partes, del Ministerio Fiscal, del Equipo Técnico e incluso de oficio, y cuando concurren en el caso circunstancias que así lo aconsejen y que hagan pensar en la posibilidad de que surja algún problema derivado del régimen de convivencia o de relaciones, a instaurar mecanismos de control periódico como pueden ser, por ejemplo, informes de los Servicios Sociales o de algún psicólogo que intervenga con la unidad familiar o con los menores y que puedan apreciar alguna disfunción que avale un cambio de régimen, siempre en beneficio de los menores.

5.- Influencia de la violencia doméstica (artículo 5.6): *“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 o 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, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”*.

Resulta muy curiosa la similitud de este precepto con el artículo 92.7 del CC que dice *“no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos 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”*. Y digo curiosa porque, aparte de estar casi literalmente copiado, invierte una vez más los términos. Así, mientras que el precepto del CC contempla la violencia doméstica como un obstáculo que impide la custodia compartida, la ley valenciana parece contemplar esa misma violencia como un impedimento para un régimen de convivencia individual. Sin embargo, una lectura más detenida y con una interpretación más lógica se ha de afirmar que cuando se dice que la

violencia doméstica o de género hace que no proceda la atribución de un régimen de convivencia al progenitor incurso en ella, no se está refiriendo únicamente a que no proceda atribuirle un régimen de convivencia individual, sino tampoco una compartida. Esta es la única interpretación cabal y posible a mi entender, porque lo que se pretende sancionar es la comisión de este tipo de actos de relevancia penal en el ámbito familiar, con la consecuencia de privar al autor de los mismos de la posibilidad de que se le conceda un régimen de convivencia con sus hijos menores, sea cual sea el régimen de convivencia (exclusivo para ese progenitor o compartido). No tendría sentido que al progenitor incurso en proceso penal se le niegue la convivencia exclusiva con sus hijos, pero no la compartida, por cuanto que si con esta medida se pretende preservar a los hijos de cualquier tipo de riesgo, daría lo mismo que convivieran siempre con ese progenitor o lo hicieran a tiempo parcial, pues en ambos casos ese riesgo existiría. De hecho, siempre se ha criticado la redacción del artículo 92.7 del CC, que tomada desde su literalidad, impide expresamente que un progenitor imputado por violencia doméstica tenga una custodia compartida, pero no que ese mismo progenitor pudiera tener la custodia exclusiva, lo cual resulta absurdo e incongruente.

En cualquier caso, se pueden apreciar varias diferencias entre estos dos preceptos tan aparentemente parecidos:

1ª.- Como ya he dicho, el CC contempla la violencia doméstica únicamente como obstáculo para la custodia compartida, mientras que la ley valenciana la configura como impedimento para cualquier tipo de régimen de convivencia.

2ª.- El CC tiene una redacción más simplista y a mi entender peligrosa, pues basta con que un progenitor esté incurso en proceso penal, con lo que sería suficiente con que se interpusiera contra él una denuncia (aunque sea falsa o preordenada a producir efectos en el proceso civil), mientras que la Ley 5/2011 exige además que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, es decir, que el Juez haya concedido verosimilitud a la imputación. Se quiere evitar así la existencia de denuncias falsas encaminadas únicamente a evitar o a conseguir ciertos resultados en el procedimiento de familia.

3ª.- La redacción más simple y escueta del CC hace que baste con la existencia de cualquier proceso penal por violencia doméstica para evitar un régimen de custodia compartida, mientras que en la ley valenciana se exige, además, que a tenor de los indicios de criminalidad, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. La presencia de este requisito añadido es un aspecto positivo y favorable de la nueva ley, pues pone de manifiesto que lo que se pretende realmente es proteger a los hijos o al progenitor víctima de la violencia, pero no castigar sin más al progenitor violento. El artículo 92.7 CC es fruto de la ideología derivada de la L.O. 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que entró tan a saco en la represión de este tipo de conductas delictivas que llevó a consecuencias excesivas e injustas. Y digo esto porque la citada L.O. cometió el error de intentar traspasar al ámbito civil de los procesos de familia los esquemas y los principios punitivos del Derecho Penal, lo que resulta incorrecto, peligroso e injusto. Como se amplió tanto el abanico de hechos delictivos constitutivos de violencia de género, haciendo que determinados actos que si se cometen fuera del ámbito doméstico, o por la mujer contra el hombre, sean simples faltas, mientras que si las comete el hombre contra su pareja mujer se consideran delitos y se sancionan con más dureza, pero no se hicieron distinciones ni matices a la hora de derivar consecuencias civiles para el autor de la violencia de género, se ha tratado por igual al maltratador prototípico que al autor de algún hecho puntual y leve. Está bien que cualquier conducta constitutiva de violencia de género reciba su sanción penal, pero

para establecer sanciones civiles no debería bastar con esa imputación penal, sino valorar su influencia en las relaciones de familia y ver si va a suponer algún riesgo para los hijos. Y ello porque el proceso civil de familia es ajeno a concepciones culpabilísticas y punitivas, una vez superada, desde la Ley del Divorcio, de 7 de julio de 1981, el anterior y tradicional concepto de “separación-sanción”, que buscaba sancionar al cónyuge causante de la ruptura familiar, pasando al de “separación-remedio”, en el que se buscaba ante todo el beneficio de los hijos menores.

¿Qué quiero decir con esto? Pues que no basta con que un progenitor esté incurso en proceso penal por violencia doméstica para que se le prive de la posibilidad de obtener un régimen individual o compartido de convivencia con sus hijos, sino que será necesario además que su conducta penalmente relevante comporte un riesgo para los hijos. Las restricciones de derechos civiles familiares no pueden ser nunca una sanción penal, sino que han de adoptarse desde otra óptica distinta, inspirada en el principio superior del “favor filii” o de protección del interés del menor. De no ser así, en muchas ocasiones el castigo al progenitor deriva en un perjuicio para los hijos, que se ven privados de una relación normalizada con uno de sus progenitores sin causa objetiva para ello.

Por eso, considero que en este punto la regulación de la ley valenciana es más correcta que la del CC.

4ª.- El último inciso del artículo 5 de la ley valenciana establece que “*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*”. Se configura así la posibilidad de revisar las medidas adoptadas en el proceso civil cuando el proceso penal finaliza posteriormente con un pronunciamiento absolutorio del padre, que se ha de entender referida a aquellos casos en que la adopción de esas medidas hubiera estado condicionada por la existencia del proceso penal, de forma que sin la pendencia del proceso criminal la regulación civil hubiera sido distinta. Si las medidas en relación con los hijos hubieran tenido el mismo contenido con independencia del resultado del proceso penal, la revisión no tendría sentido.

Aunque el precepto prevé que la revisión pueda hacerse de oficio o a instancia de parte, lo normal es que dicha revisión se promueva por la parte interesada, por el cauce de la modificación de medidas del artículo 775 de la LEC. El Ministerio Fiscal, aunque no se diga nada, también estaría legitimado para instar la revisión en el ejercicio de sus funciones de protección y defensa de los menores e incapacitados.

VI.- ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Tras regular el espinoso y mediático tema del régimen de convivencia, que es el que ha dado relevancia pública a esta ley, la misma aborda, en su artículo 6, la regulación del uso de la vivienda y ajuar familiar. Aunque este precepto ha quedado eclipsado por la notoriedad y polémica que ha generado el artículo 5, de su lectura se desprende que es quizá ésta la materia en la que el legislador valenciano ha sido más audaz y donde ha introducido más novedades que se alejan de la regulación común del CC.

El artículo 96 CC, uno de los más criticados por los especialistas en materia de Derecho de Familia, se limita a contemplar dos criterios para dos situaciones distintas:

a) Cuando existen hijos menores o incapacitados, en defecto de pacto en contrario, se ha de atribuir el uso del domicilio a esos hijos y al progenitor en cuya compañía queden.

b) En ausencia de hijos menores o incapacitados, la regla general debe ser la de atribuir el uso al titular del inmueble, permitiéndose como excepción la atribución al cónyuge no titular, siempre con un carácter temporal, cuando ostente un interés más digno de protección.

Esta regulación, especialmente el primer supuesto, se ha considerado siempre como demasiado rígida y, aunque responde al principio de protección del interés de los menores para garantizar su derecho a la habitación, viene produciendo en la práctica situaciones muy injustas y antieconómicas que a menudo ahogan la economía familiar y desembocan en la pérdida de la vivienda por imposibilidad de pago de la hipoteca. Son numerosos en la práctica los casos de familias con medios económicos no muy holgados en las que la vivienda constituye prácticamente el único activo importante y viene gravada por una considerable carga hipotecaria asumida para su adquisición y que merma las posibilidades de ahorro del grupo familiar, de suerte que, cuando se rompe la convivencia y uno de los progenitores ha de salir del domicilio y procurarse otro (generalmente en régimen de arrendamiento porque las posibilidades económicas no dan para más), los ingresos familiares no permiten asumir todos estos gastos, con lo que comienzan los problemas de impagos que pueden desembocar en una ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda, con lo que el perjuicio es enorme. Por ello a menudo resultan más aconsejables otras soluciones que, sin ser enteramente satisfactorias para las partes, sean sin embargo más realistas y más adecuadas a la situación familiar y sus posibilidades económicas, como es la de la venta del inmueble, liberación de la carga hipotecaria y reparto del precio obtenido tras la cancelación de la hipoteca, que proporcione a ambos cónyuges un cierto capital con el que, bien adquirir otra vivienda más económica, bien vivir de alquiler durante un tiempo. El problema es que a menudo el progenitor que tiene atribuida la custodia de los hijos menores, amparándose en el rigor del artículo 96 CC, no quiere ni oír hablar de estas soluciones alternativas y lo único que buscan es quedarse con el piso, aunque lo esté pagando el otro, de forma que, con la excusa de satisfacer las necesidades de vivienda de los hijos, se consagran situaciones realmente injustas.

Por ello, en los foros especializados (por ejemplo, las Jornadas de Jueces, Secretarios, Fiscales y Abogados de Familia), el problema del uso de la vivienda es un tema recurrente en el que reiteradamente se pone de manifiesto la necesidad y conveniencia de una reforma del artículo 96 CC que se adapte mejor a la realidad social y económica de las familias separadas, así como que, mientras no se produzca esta deseable reforma legislativa, los tribunales apliquen e interpreten el artículo 96 de un modo flexible y poco rigorista para alcanzar soluciones más satisfactorias, no ateniéndose siempre, y de un modo excesivamente automatista, al tenor literal del precepto.

En este sentido, el artículo 6 de la ley valenciana contiene una regulación mucho más completa que, con independencia de que guste más o menos, ofrece una mayor variedad de matices y de supuestos regulados, como vamos a ver a continuación, en los siguientes términos:

1.- Regla general: el acuerdo de las partes. En principio, son éstas las que pueden disponer libremente sobre el destino del domicilio familiar, debiendo ser aprobado ese acuerdo por el Juez salvo que concurran motivos de orden público que lo desaconsejen.

2.- Principio general a falta de acuerdo: en casos tanto de régimen de convivencia compartida como individual (el último inciso del apartado 1 equipara el régimen jurídico en ambos casos), la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y,

siempre que fuera compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. Esta regla proporciona una mayor flexibilidad al decidir sobre la materia, por cuanto que permite un abanico más amplio de posibilidades: atribuirlo a un progenitor o al otro, o hacerlo a favor de los hijos de suerte que sean los progenitores los que entren y salgan de la vivienda en los periodos en que tengan a los menores en su compañía (solución ésta, dicho sea de paso, que mi experiencia me muestra como desaconsejable y fuente de más conflictos que ventajas, siendo más práctico que cada progenitor disponga de su propia vivienda, aunque ello obligue a los hijos a trasladarse de una a otra en los distintos periodos de convivencia alterna). El interés de los hijos, que es el principal, se compagina con el de protección del progenitor que tenga objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda (aquí se valoraría la capacidad económica de ambos, o si alguno de ellos dispone de otra vivienda en la que constituir su domicilio).

3.- Compensación al titular no adjudicatario: en caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si fuera privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Esta compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella, o en virtud de decisión judicial.

Se contempla así de modo expreso y a nivel legal lo que se venía reconociendo jurisprudencialmente: la consideración de la cesión del uso de la vivienda familiar por parte del progenitor propietario pero no adjudicatario del uso como una contribución en especie al sostenimiento material de los hijos, que servía para aminorar el importe de la pensión de alimentos, sobre la base de que en el concepto de alimentos del artículo 142 del CC se incluyen, entre otras, las necesidades de habitación, que se satisfacen en gran medida con la cesión del uso del domicilio. Se quiere paliar de esta forma el enorme perjuicio que en la práctica se causa al progenitor no adjudicatario de la vivienda, tanto si es cotitular como titular exclusivo de la misma, cuando se le obliga a dejar el domicilio.

Como circunstancias a tener en cuenta a la hora de fijar la compensación pueden valorarse las siguientes: a) el precio del arrendamiento de viviendas de similares características en la misma zona; b) la capacidad económica de ambos progenitores; c) la modalidad del régimen de convivencia; d) la titularidad exclusiva o compartida del inmueble.

4.- Prohibición de adjudicación: señala el apartado 2 del artículo 6, que, *“salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda (su uso, se entiende), aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar”*. Con este precepto se quieren evitar situaciones injustas como las que se producen cuando se adjudica a un progenitor el uso de la vivienda conyugal, bien por serle atribuida la custodia exclusiva de los hijos menores, bien por ser el progenitor económicamente más débil, cuando ese mismo progenitor tiene a su disposición otra vivienda que puede satisfacer sus necesidades habitacionales, con lo que se priva al titular del domicilio familiar del uso de su vivienda y se le obliga a buscar otra, con el desembolso económico que ello supone, mientras que el otro se convierte en el poseedor no propietario de una vivienda (la conyugal) y en el propietario no poseedor

de otra que puede incluso explotar económicamente (por ejemplo, arrendándola a terceros).

Esta circunstancia puede tenerse en cuenta, bien en el primer momento de adjudicación del uso del domicilio conyugal, bien a posteriori por haber adquirido el adjudicatario del uso esos derechos respecto de otra vivienda (por ejemplo, por heredarla tras la separación). En este caso, se revocaría la adjudicación del uso del domicilio, salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

5.- Temporalidad: en los supuestos de atribuciones de uso del domicilio que hemos visto, la atribución tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que el mismo pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

Aquí, a diferencia del artículo 96 CC, que no contempla la temporalidad del uso del domicilio (que la jurisprudencia suele prolongar hasta la independencia económica de los hijos, cuando dejen de ser acreedores del derecho de alimentos), el legislador valenciano ha querido dejar claro desde el principio que las adjudicaciones de uso del domicilio, salvo claro está que se hagan a favor del progenitor que sea único titular del mismo, han de tener ab initio un límite temporal, para evitar situaciones abusivas o perjudiciales, y para lograr, en el tiempo estrictamente necesario, que las facultades de uso del inmueble estén en manos de su titular lo antes posible.

6.- Segundas viviendas: señala el apartado 4 del artículo 6 que *“el régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias”*. Esto implica que, en defecto de pacto de las partes (que al respecto pueden acordar lo que estimen conveniente sobre el destino de las segundas residencias), no procede efectuar ningún pronunciamiento sobre estas viviendas atendiendo a los criterios contemplados en la ley para el domicilio familiar. La jurisprudencia ha sido tradicionalmente contraria a la regulación judicial de esas viviendas, sobre la base de una interpretación estricta del artículo 96 del CC que nada dice al respecto, a diferencia de otros textos legales como el Codi de Família de Catalunya, cuyo artículo 76-3-a) dice textualmente que deberá ser objeto de regulación la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar y *“si és el cas, de les altres residències”*. Lo mismo ocurre al amparo de la ley valenciana, que no ha introducido ninguna novedad en este tema. Por ello, si no hay acuerdo, el juez únicamente podrá acordar sobre el destino de estos inmuebles cuando concurren en el caso concreto circunstancias especiales que lo justifiquen (por ejemplo, que el progenitor al que no se adjudica el uso del domicilio conyugal pueda satisfacer sus necesidades de morada con el uso de la segunda residencia, de forma que se ahorre a la unidad un nuevo gasto derivado del arrendamiento de otra vivienda). No se puede olvidar que en lugares como Castellón, donde gran parte de la población tiene la costumbre de veranear a 10 kilómetros de su casa (generalmente en Benicàssim), la existencia del apartamento de verano permite a menudo dar una salida y una solución más fácil al conflicto familiar compensando al progenitor que no queda en el domicilio familiar con el uso de esta segunda vivienda.

7.- Ajuar familiar: se prevén tres reglas:

1ª.- El ajuar permanece en la vivienda salvo que por pacto de convivencia o resolución judicial se determine la retirada de los bienes privativos que formen parte de él.

2ª.- En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial.

Hay que tener clara la diferencia entre bienes privativos (es decir, de propiedad exclusiva de un progenitor) y efectos personales (los de uso estrictamente personal, como la ropa, objetos de aseo, instrumentos para el ejercicio de su profesión...), por cuanto que los únicos que se tiene derecho a retirar del domicilio en todo caso son estos últimos, mientras que cualesquiera otros bienes privativos, si integran el ajuar y mobiliario doméstico, no generan derecho a retirarlos por el mero hecho de ser privativos por cuanto que constituyen objetos que quedan integrados en la vivienda como objetos que la hacen habitable).

3ª.- Cuando se acuerde que ninguno de los cónyuges permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y los demás que sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable (separación de bienes, gananciales...), bien por pacto de las partes bien por decisión judicial.

VII.- GASTOS DE ATENCIÓN A LOS HIJOS E HIJAS

La Ley valenciana 5/2011 prescinde de la tradicional terminología de pensión de alimentos utilizada en el CC por el de atención a los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos e hijas, en los siguientes términos:

1.- **Gastos ordinarios**: Regla general: se determinará por acuerdo de las partes, en pacto de convivencia familiar.

En defecto de pacto, lo determinará la autoridad judicial, con arreglo a tres criterios:

- los recursos de los progenitores

- las necesidades de los hijos menores (estos dos primeros parámetros equivalen por tanto a la previsión del artículo 146 del CC conforme al cual los alimentos serán proporcionales a los medios del alimentante y las necesidades del alimentista)

- en función del régimen de convivencia establecido (compartido o individual).

En caso de régimen de convivencia individual, el progenitor que no convive deberá abonar al otro una cantidad de dinero mensual como contribución a los gastos, mientras que en los supuestos de convivencia compartida se abre un abanico más amplio sobre el modo de hacer frente de estos gastos ordinarios (que cada progenitor los abone cuando tenga a los hijos en su compañía, abrir una cuenta común donde cada uno ingresará una cantidad fija mensual para atender esos gastos, o que el progenitor de mayor capacidad económica abone al otro determinada cantidad de dinero para ayudarle a hacer frente a esos gastos...).

3.- **Gastos extraordinarios**: Hay una previsión expresa del pago de los gastos extraordinarios, de la que carece el CC, aunque en la práctica forense se había subsanado esta falta de regulación legal expresa con la previsión del abono de estos gastos en los convenios reguladores y en las resoluciones judiciales.

Regla general: se abonarán conforme a lo pactado por los progenitores.

En defecto de pacto, es la autoridad judicial la que decidirá el modo en que deban ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no.

Contenido mínimo del concepto de gastos necesarios: los gastos necesarios de educación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores. Estos gastos siempre tendrán que ser obligatoriamente sufragados por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial.

VIII.- DISPOSICIONES ADICIONALES Y TRANSITORIAS

D. Adicional única: el pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y su extinción se tramitarán en los términos previstos por la legislación procesal civil para el convenio regulador en procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo. Se remite así a los trámites del artículo 777 de la LEC, sin que exista ninguna peculiaridad procesal.

D. Transitoria Primera: es una de las normas de mayor calado práctico de esta ley. Se permite, a través del cauce procesal de la modificación de medidas del artículo 775 de la LEC, se podrán revisar judicialmente las medidas adoptadas con arreglo a la legislación anterior cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal soliciten la aplicación de esta norma, respecto de casos concretos. Se trata de una norma que abre la puerta a la petición generalizada de modificación de medidas, que en la práctica va a suponer un aluvión de demandas especialmente para reclamar un cambio en el régimen de convivencia, para pasar de uno exclusivo a uno compartido que a partir de ahora va a ser la regla general.

En la aplicación de esta norma hay que tener en cuenta un principio básico: el mero hecho de la entrada en vigor de la Ley 5/2011 no es causa suficiente para modificar las medidas anteriores, al menos en aquellas cuestiones que ya vienen reguladas en el CC (por ejemplo, para lograr una custodia compartida), sino que deberán venir acompañadas de una base fáctica que aconseje la modificación. Lo que sucederá es que, a diferencia de lo que ocurriría en una modificación de medidas basada en el CC, en que un cambio de custodia precisaría la acreditación cumplida de que el régimen inicialmente vigente no resulta beneficioso para los hijos menores, con la ley valenciana bastará con probar que el régimen de convivencia compartida es cuanto menos igualmente bueno para los menores (la carga de la prueba para la parte demandante no es tan rígida y exigente).

Por el contrario, cuando se trate de medidas que únicamente estén contempladas en la ley autonómica, pero no en el Derecho común, de suerte que en ningún caso podían haber sido solicitadas ni acordadas al amparo del CC, la mera promulgación de la Ley valenciana podría servir de base para la modificación de medidas (por ejemplo, si se quisiera solicitar una compensación por la pérdida del uso de la vivienda por parte del progenitor titular de la misma).

D. Transitoria segunda: la ley será aplicable a los procedimientos que, al tiempo de su entrada en vigor, estén pendientes de dictar sentencia. Supone conferir al nuevo texto legal efectos retroactivos, sin limitar su aplicación a los procedimientos que se incoen con posterioridad a su entrada en vigor. Esta norma permitirá resolver con arreglo a la normativa autonómica aquellas cuestiones que hubieran sido debidamente deducidas en la demanda o en la contestación, pero no puede servir de excusa para introducir extemporáneamente pretensiones nuevas que hasta ese momento no hubieran resultado controvertidas, porque se vulneraría el principio de la prohibición de la “mutatio libellis” o de modificación del objeto del pleito.

IX.- CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 5/2011

Desde antes de su aprobación definitiva, promulgación y entrada en vigor, se han alzado numerosas voces que cuestionan la adecuación de la Ley 5/2011 a la Carta Magna. Las dudas sobre su constitucionalidad no vienen referidas al contenido concreto de la ley, sino a la competencia legislativa de la Generalitat en esta materia. Esta misma cuestión ya dio lugar a la interposición de un recurso de constitucionalidad por parte del Gobierno del Estado contra la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano y ha llevado a la interposición, en fecha 4 de julio de 2011, de un recurso de inconstitucionalidad contra la ley 5/2011, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional por providencia de 19 de julio de 2011, que ha producido la suspensión de la vigencia de la Ley con efectos desde el 4 de julio de 2011 (así consta en la publicación de la providencia de 19-7-2011 en el BOE del 26 de julio de 2011).

Sin entrar en consideraciones políticas sobre la Ley y el recurso, que son las únicas que hasta ahora han aparecido en los medios de comunicación en un sentido favorable o contrario, y sin realizar un pronunciamiento expreso sobre si la Ley 5/2011 se ajusta o no a nuestra Carta Magna (pronunciamiento que es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, sobre la base de criterios estrictamente jurídicos) procede realizar algunas consideraciones sobre los motivos que han dado lugar a la interposición y admisión a trámite del recurso.

El Preámbulo de la Ley 5/2011 justifica la base competencial de la Generalitat en el artículo 49.1-2ª de la L.O. 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que atribuyó a la Generalitat competencia exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral valenciano, lo que dio lugar a la promulgación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (ley esta, por cierto, que se encuentra pendiente de que se resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la misma por el Abogado del Estado en representación del Gobierno de España).

En el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de forma reiterada se alude a la competencia de la CAV para legislar en materia de Derecho civil:

- En el Preámbulo: *“es motivo de esta reforma el reconocimiento de la Comunitat Valenciana, como Nacionalidad histórica por sus razones históricas, por su personalidad diferenciada, por su lengua y cultura y por su Derecho Civil Foral (...) Pretende también esta reforma el impulso y desarrollo del Derecho Civil foral Valenciano aplicable, del conocimiento y uso de la lengua valenciana, de la cultura propia y singular de nuestro pueblo, de sus costumbres y tradiciones. Por eso el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat, en plena armonía con la Constitución española, procurará la recuperación de los contenidos de “Los Fueros del Reino de Valencia, abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707.”*

- Artículo 7.1: *“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. Esta reintegración se aplicará, en especial, al entramado institucional del histórico Reino de Valencia y su propia onomástica en el marco de la Constitución española y de este Estatuto de Autonomía.”*

- Artículo 49.1.2ª: establece la competencia de la CAV para la *“conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano.”*

- Disposición Transitoria 3ª: *“la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este*

Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española.”

De todos los preceptos mencionados se deducen dos ideas reiteradas sobre las que gira todo el entramado legislativo en la materia que estamos estudiando: la recuperación del Derecho foral civil valenciano y su plena adecuación a la Constitución española.

En cuanto al Derecho valenciano, éste consistió en un conjunto de normas propias que rigieron en el antiguo Reino de Valencia, desde su conquista por el rey Jaime I en el siglo XIII d.c., y que a partir de la toma de la ciudad de Valencia en 1239, se denominó *Costum* o *Furs* de Valencia. Este Derecho fue abolido y dejado sin efecto en el año 1707 por el Decreto de Nueva Planta del rey Felipe V tras la Guerra de Sucesión, como represalia por el apoyo dado por regiones como Valencia al otro pretendiente a la Corona de España. Este Decreto pondría fin a la vigencia del Derecho valenciano y del aragonés, imponiendo en estos territorios el Derecho de Castilla, para uniformizar el ordenamiento jurídico en todo el Estado español (curiosamente, permitió conservar el derecho de Cataluña y Mallorca, pese a que estas dos regiones también habían apoyado al pretendiente austriaco). Pero, a diferencia de lo que ocurrió las otras regiones, Valencia nunca recuperó posteriormente su derecho histórico propio. Aragón luchó activamente por conseguir sus antiguos derechos, y lo consiguió hasta el punto de que a la entrada en vigor de la Constitución, en 1978, contaba con su propia compilación de su derecho foral al igual que otras regiones (Cataluña, Baleares, Navarra, Galicia y Vizcaya y Álava); por el contrario, Valencia pareció conformarse con la situación derivada del Decreto de Nueva Planta y en 300 años no ha tenido un derecho civil propio, hasta resucitar la idea de la recuperación de ese derecho tras la reforma de su Estatuto de Autonomía en 2006.

La doctrina científica es unánime en que, tras la derogación de los fueros valencianos por los decretos de 1707, hoy sólo subsisten en esa CA, en materia de derecho civil, los arrendamientos históricos a lo que aludía la STC 121/1992 y determinados aprovechamientos de pesca en la Albufera de Valencia (más allá de la conocida especialidad procesal del Tribunal de las Aguas de Valencia, constitucionalizado a través del artículo 125 CE).

La Constitución de 1978, a la hora de diseñar la organización territorial del Estado, optó por un modelo nuevo y original, a caballo entre el sistema centralista imperante hasta entonces, y el federalista al que aspiraban determinadas regiones. Este nuevo régimen, denominado autonómico, consistió en la coexistencia de la Administración Central del Estado con otros entes territoriales (aparte de los clásicos municipales y provinciales) denominados Comunidades Autónomas, con un complejo entramado de reparto de competencias que en la práctica ha distado mucho de ser pacífico. Tres son los preceptos de la Carta Magna en los que se articula la distribución competencial entre el Estado y las CCAA:

Artículo 148: *“las CCAA podrán asumir competencias en las siguientes materias:”* Esto implica que existe una serie de materias que pueden ser asumidas por las CCAA, pero que no son exclusivas suyas en el sentido de que es posible que no las asuman y que queden en manos del Estado. Ni que decir tiene que en la práctica todos los entes autonómicos han hecho suyas, antes o después, tales competencias, e incluso algunas han intentado apropiarse de otras que, conforme a la literalidad de la Constitución, tenían vedadas.

Artículo 149: “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:*” Este precepto configura un núcleo esencial de competencias irrenunciables del Estado, que configuran al mismo tiempo un límite a la posibilidad de asunción de competencias por parte de las CCAA. Se trata de cuestiones relacionadas con el interés general de la Nación, por encima de los intereses propios de cada Comunidad Autónoma, que la Carta Magna ha querido reservar al Estado.

Artículo 150: 2.- “*El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación.*”

3.- “*El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general.*”

El principal precepto que hay que analizar, por ser la fuente de las discrepancias surgidas en torno a la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar sobre las consecuencias relativas a los hijos menores de edad en los supuestos de cese de la convivencia de sus progenitores, casados o no, es el artículo 149.1.8ª, que contempla como una de las materias de competencia exclusiva del Estado la de “*legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*”

Esta norma, que me atrevo a calificar de “alambicada”, ha sido objeto de intensos debates a nivel doctrinal, así como de una abundante interpretación por parte del Tribunal Constitucional, en sentencias como las siguientes:

- STC 121/1992, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno del Estado contra determinados preceptos de la Ley 6/1985, de 15 de diciembre, de la Generalitat valenciana, sobre arrendamientos históricos valencianos

- STC 182/1992, sobre recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/1986, del Parlamento de Galicia, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos.

- STC 88/1993, de 12 de marzo, sobre recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos.

- STC 156/1993, de 26 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear, que aprobó el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

El precepto responde a la necesidad de regular, a nivel constitucional, la situación preexistente de convivencia de dos derechos distintos:

a) el Derecho foral vigente en algunas regiones, que había sido objeto de sistematización en las Compilaciones

b) el Derecho común, compuesto por el CC y leyes especiales, que eran de aplicación general en los territorios carentes de Derecho foral, y supletorio en los que sí tenía Derecho foral.

Del análisis de esta norma se deduce la existencia de cuatro reglas, formuladas en cascada, de forma que cada una de ellas viene a matizar o excepcionar a la que le precede. Veámoslo.

1.- La primera regla, que es la general, establece que la legislación civil es competencia exclusiva del Estado. La CE 1978 se aleja así del modelo precedente de la Constitución republicana de 1931, que atribuyó al Estado competencia exclusiva únicamente sobre determinadas materias civiles (la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España), mientras que en todas las demás materias civiles se preveía la posibilidad de que fueran asumidas por las regiones autónomas. Este modelo fue el que inspiró inicialmente el Anteproyecto de Constitución, que finalmente no prosperó y fue sustituido por la redacción vigente del artículo 149.1.8ª.

2.- La segunda regla, que es una excepción a la primera regla general, aparece redactada así: *“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*. Me limito ahora a enunciarla, para proceder después a su análisis pormenorizado, al radicar en ella toda la problemática a la que hace referencia este trabajo.

3.- La tercera regla viene a ser una excepción a la excepción, y enumera una serie de materias que en todo caso serán competencia exclusiva del Estado, sin posibilidad de ser asumidas por las CCAA por la vía de la conservación, modificación o desarrollo de sus derechos civiles forales o especiales: las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho.

Algunas CCAA intentaron, al amparo de este inciso y de la expresión “en todo caso”, utilizar el argumento de que, salvo estas concretas materias, las CCAA podían legislar sobre cualquier otra materia de legislación civil, lo que supondría limitar la competencia exclusiva del Estado a estas seis cuestiones, lo que fue tajantemente rechazado por el TC en dos de las sentencias antes aludidas (las 88/1993 y 156/1993).

4.- Finalmente, la cuarta regla viene a ser una excepción a la tercera: en el caso concreto de las fuentes del derecho, pese a ser una de las competencias exclusivas en todo caso del Estado, se respetarán las normas que al respecto establezcan los derechos civiles forales o especiales de las CCAA.

Volviendo a la segunda regla (*“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*), son varios los interrogantes que plantea.

1.- En primer lugar, hay que determinar cuáles son los derechos civiles, forales o especiales, que pueden ser objeto de conservación, modificación o desarrollo.

El concepto de derechos forales no ha sido objeto de especiales discusiones, y se ha venido entendiendo como tales a los derechos civiles propios de determinadas regiones que, tras varios siglos de vigencia, con algunas interrupciones, fueron finalmente objeto de compilación tras la Guerra Civil.

Sin embargo, el término derechos especiales sí que suscitó diversas interpretaciones, por cuanto que algunos autores sostenían que se trataba de una calificación de los derechos forales (entendiendo que éstos eran especiales al regir únicamente en determinados territorios, frente al derecho general del Estado), mientras

que otra tesis, que es la que finalmente se ha impuesto, sostiene que designa una realidad distinta a la de los derechos forales, y que viene referido a normas especiales por regir únicamente en determinados territorios, pero sin haber sido objeto de compilación.

El TC, en sus sentencias 121/1992 (sobre la Ley de arrendamientos históricos valencianos) y 182/1992 (sobre la Ley de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos de Galicia), interpreta que la expresión “derechos forales y especiales *“alcanza no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos”*. Por tanto, la competencia legislativa de las CCAA no se reduce al derecho foral objeto de las compilaciones, sino que también se extiende a los derechos especiales existentes fuera de dichas compilaciones.

2.- En segundo término, se plantea la cuestión del significado de la expresión *“allí donde existan”*, que alude a su vigencia tanto temporal como espacial. Sobre este punto se han barajado tres tesis:

a) Una interpretación estricta sostendría que “existencia” equivale a vigencia temporal y “allí” a la porción de territorio concreta donde está vigente. Esto supondría que las CCAA sólo podrían legislar para conservar, modificar o desarrollar aquellos derechos que ya estuvieran vigentes al tiempo de promulgarse la CE, y solamente en aquellos ámbitos territoriales concretos en que rigiera ese derecho preconstitucional, sin posibilidad de extender su vigencia a otros lugares de la misma CA ni de resucitar la vigencia de derechos que la hubieran perdido antes de la CE.

b) Una segunda interpretación, digamos intermedia, seguiría identificando “existencia” con vigencia al tiempo de entrar en vigor la CE, pero interpretaría “allí” de forma más amplia, como relativo a cada CA, de forma que ésta podría legislar sobre un derecho civil foral o especial que estuviera vigente en todo o parte de su territorio, pero sin tener que limitarse al ámbito territorial en que estaba vigente hasta entonces, pudiendo extenderlo al resto de la CA.

c) La tercera interpretación, más amplia que las anteriores, sostiene que el término “existan” no significa necesariamente vigencia actual, sino también pretérita, lo que facultaría a las CCAA para legislar sobre derechos civiles forales o especiales que hubieran perdido su vigencia con anterioridad a la CE.

Esta última tesis es en la que se ampara la CAV para recuperar sus derogados Fueros y poder legislar sobre ellos con carácter general en todo su territorio. Sin embargo, tal posibilidad es negada por la generalidad de la doctrina, porque el TC, al interpretar la expresión *“allí donde existan”*, se ha decantado por la segunda de las tesis expuestas, defendiendo la necesidad de vigencia del derecho foral o especial al tiempo de entrada en vigor de la CE, y a la posibilidad de extender al territorio de toda la CA normativas con ámbito espacial más limitado. Así, en la STC 88/1993 se dice: *“el citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil, introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos **rigieran a la entrada en vigor de la Constitución** puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su “conservación, modificación o desarrollo”*.

3.- Una tercera cuestión que suscita la segunda regla del artículo 149.1.8ª de la CE es la delimitación de los conceptos “*conservación, modificación y desarrollo*”. Sobre los dos primeros existe bastante unanimidad en la doctrina:

- conservar significa mantener las cosas como están, lo que supondría dejar las compilaciones y las costumbres vigentes tal y como están;

- modificar supone cambiar, en mayor o menor medida, la forma, pero manteniendo su sustancia (el fondo), lo que implicaría mantener las instituciones del Derecho foral, alterando su forma, esto es, su regulación positiva concreta.

- Sin embargo, ha sido el término “*desarrollo*” el que ha suscitado mayor controversia. Algunos autores, especialmente los afines a posiciones nacionalistas en determinados territorios con Derechos forales, interpretaron “desarrollo” en un sentido amplísimo, considerando que, gramaticalmente, significa expansión, y que, sistemáticamente, si se ponía en relación con el tercer inciso del artículo 149.1.8ª de la CE (el que enumeraba las materia que “en todo caso”, correspondían al Estado), debía llevar a la conclusión de que las CCAA que hubieran tenido Derecho foral o especial propio podrían legislar sobre cualquier materia civil, con la única excepción de las que se atribuían necesariamente al Estado.

Por el contrario, otros autores sostenían que el desarrollo había que entenderlo como el crecimiento hacia materias conexas a las ya reguladas por el derecho propio, pero sin posibilidad de legislar instituciones que no tengan ninguna conexión con las preexistentes.

Esta tesis es la que parece adoptar el TC, en las ya citadas STC 88/1993 y 156/1993: *“La Constitución permite así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de “conservación” y “modificación”, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales, vigentes en ciertos territorios. El término “allí donde existan” a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas”(…)”El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del derecho foral”.*

En definitiva, si al aprobarse y promulgarse la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 no existía Derecho foral en la Comunidad Valenciana al no existir Compilación, y el derecho especial se limitaba a las tres instituciones antes mencionadas (Tribunal de las Aguas, aprovechamientos pesqueros en la Albufera y arrendamientos rústicos históricos) no existe posibilidad al amparo de la Constitución (por más que el Estatuto de Autonomía sostenga lo contrario, porque los Estatutos están siempre subordinados a la Constitución y no pueden prevalecer sobre ésta) de que la Generalitat legisle sobre una materia civil sobre la que no existía en diciembre de 1978

(ni tampoco había existido nunca con anterioridad) ninguna regulación propia de este territorio, lo que supondría una clara extralimitación de la Generalitat en el ejercicio de su actividad legislativa.

¿Cómo se pueden resolver las dudas sobre la constitucionalidad de esta ley?

Por dos vías:

1.- Recurso de inconstitucionalidad planteado por cualquiera de las instituciones a los que la Constitución atribuye legitimación activa para interponerlo. Es la vía que ha seguido el Gobierno Central, al igual que hizo respecto de la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que a día de hoy se encuentra todavía pendiente de resolver por el TC.

2.- Cuestión de inconstitucionalidad formulada por cualquier Juez o tribunal en los siguientes términos:

- plantearla en un procedimiento concreto que se haya de resolver con arreglo a la norma impugnada

- se plantea cuando el procedimiento se encuentre solamente pendiente de dictar resolución definitiva, con suspensión provisional del mismo hasta que el TC decida sobre su admisión a trámite y, en caso de admitirse a trámite, suspensión definitiva hasta que el TC resuelva la cuestión

- el juez o tribunal la planteará, tras dar audiencia a las partes para que formulen alegaciones al respecto, remitiendo al TC el auto en que plantea la cuestión, especificando el precepto constitucional que considera infringido y especificar o justificar en qué medida la resolución del pleito depende de la validez de la norma impugnada.

Ambas vías cuentan con importantes inconvenientes:

1.- El recurso de inconstitucionalidad está a menudo supeditado a pactos de conveniencia política que pueden hacer que un recurso sea retirado sin esperar a que TC se pronuncie, lo que convalida automáticamente la norma sin posibilidad de conocer si la misma es verdaderamente conforme o contraria a la CE. De hecho, es más que probable que si se produce un cambio en el partido gobernante a raíz de las próximas elecciones del 20-N, se pueda producir un desistimiento del recurso por parte del nuevo Ejecutivo estatal, lo que nos privará de un pronunciamiento expreso del TC sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley 5/2011.

2.- La cuestión de inconstitucionalidad ha de plantearse en todos y cada uno de los procesos concretos cuya resolución depende de la validez y constitucionalidad de la norma, lo que, en el presente caso, puede dar lugar a tener que plantearla en una multitud de procedimientos, ya que se trata de una norma que va a ser alegada de modo reiterado en la mayoría de los procesos de Familia y que va a dar lugar a que la solución que se adopte vaya a ser muy distinta según se aplique el CC o la ley valenciana (en especial en lo relativo a la custodia o régimen de convivencia, donde, como hemos visto, la regulación valenciana es muy diferente, por no decir contraria, a la del CC).

Esta es una circunstancia que, por lo menos a mí, me plantea serias dudas sobre la conveniencia de acudir a este mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad (pese a la existencia de dudas muy fundadas sobre su adecuación a la Carta Magna). No se puede olvidar que nos encontramos en unos procedimientos en los que se ventilan cuestiones muy delicadas, por afectar a hijos menores de edad, por lo que la suspensión del procedimiento hasta que el TC se pronuncie (dado lo dilatado de los plazos de resolución ante el Alto Tribunal) puede dar lugar a situaciones indeseables de falta de regulación que pueden generar graves perjuicios a los hijos. No es lo mismo plantear esta cuestión en un procedimiento de modificación de medidas, en el que ya existe una

regulación previa que puede seguir vigente hasta que se resuelva la controversia, que hacerlo en unas medidas provisionales o en un divorcio sin medidas previas, lo que, al suspender su resolución, provocaría que todas las cuestiones relativas a los hijos quedaran en suspenso sin una regulación judicial que, en caso de falta de acuerdo entre los progenitores, se hace imprescindible.

Castellón, septiembre de 2011.