

“Análisis de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, desde una perspectiva de género”

(La convivencia compartida de las hijas e hijos)

Máster en igualdad y género en el ámbito público y privado

-Especialidad de investigación-

Alumna: Maria Luisa Ramírez Simó **DNI.**20469359A

Tutora: D^a Marta Otero Crespo. Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Santiago de Compostela.

INDICE:

1. Introducción:	
1.1 Previo: de las crisis matrimoniales a las crisis de pareja:.....	2
1.1.1 La regulación de la separación y el divorcio en el Código civil.....	10
1.1.2 El fenómeno de las parejas de hecho.....	14
1.2 La regulación en España de la situación de los hijos menores ante una crisis de pareja:	
1.2.1 El art. 92 del Código civil.....	20
1.2.2 Las regulaciones autonómicas	
1.2.2.1 Cataluña.....	26
1.2.2.2 Aragón.....	28
1.2.2.3 Navarra.....	31
1.2.2.4 Valencia.....	33
2. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven:	
2.1 Introducción.....	35
2.2. Fundamento competencial.....	39
2.3. Ámbito de aplicación de la Ley: la vecindad civil valenciana.....	40
2.4. Pacto de convivencia familiar:	
2.4.1. Concepto del pacto de convivencia familiar.....	44
2.4.2. Regulación del pacto de convivencia familiar.....	46
2.4.3. Medidas Judiciales del pacto de convivencia familiar.....	48
2.5 Régimen económico:.....	53
2.5.1. Conceptos.....	54
2.5.2. Regulación.....	54
3. Análisis jurisprudencial:.....	59
3.1 Ámbito estatal.....	59
3.2 Comunidad Valenciana.....	64
3.3 En particular, Castellón.....	67
4. Conclusiones.....	70
5. Bibliografía.....	72
6. Legislación.....	76
7. Tabla de jurisprudencia.....	77

1. Introducción

1.1. Previo: de las crisis matrimoniales a las crisis de pareja

La sociedad española a comienzos del siglo XXI está en continua evolución en una pluralidad de ámbitos, siendo uno de ellos el ámbito familiar. La familia se protege constitucionalmente en el artículo 39 de nuestra Carta Magna¹, sin que el legislador constituyente haya optado por un modelo concreto de institución familiar.

Tradicionalmente, la familia se concebía como una agrupación de sujetos donde se establecía una jerarquía entre las mujeres y los hombres que la formaban. La mujer quedaba subordinada al hombre, mientras que el hombre era el cabeza de familia. La familia seguía un modelo patriarcal, y de rangos. El hombre asumía el rol de jefe de la familia y por tanto, el legislador, creando “*Derecho interno de Familia*” (Díez-Picazo y Gullón, 2012:24), imponía las normas de comportamiento que se debían seguir por los miembros que la formaban.

A la hora de enfrentarnos a una definición de qué es o sea una familia desde un punto de vista jurídico, podemos hacernos eco de distintas conceptualizaciones. Así, podríamos definirla como una:

“comunidad de personas unidas por lazos íntimos de matrimonio o de filiación (familia cognaticia o nuclear) o por lazos de parentesco o amistad (familia agnaticia, amplia o consanguínea) sobre la que el derecho proyecta su entramado, sus miembros se hacen creadores por sí mismos de los derechos subjetivos que el ordenamiento explícita, reconoce y garantiza. Dando todo ello un significado a la familiar como institución jurídica” (Camarero, 1997:19).

¹ Art. 39 de la CE:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Aunque otros autores prefieren concebirla como *“una institución natural, es decir, no es una creación del hombre, ni una consecuencia del pacto o convenio ni una invención del derecho sino, la agrupación de los individuos en torno a los progenitores ha sido siempre una realidad sociológica espontánea”* (García y Fernández-Galiano, 1989:321).

También puede llegar a considerarse como una forma de socialización de mujeres y hombres que adquieren bienes de consumo y disfrutan de las rentas producidas por sus miembros (desde un punto de vista económico). La familia sería un medio de transmisión entre sus miembros, transmite los comportamientos entre los hombres y mujeres que la forman, sus tradiciones, creencias y preferencias (Díez-Picazo y Gullón, 2012).

En cualquier caso, el modelo familiar ha variado mucho en los últimos años, pasando de un modelo basado predominantemente en la existencia de un vínculo matrimonial previo a la existencia de hijos e hijas comunes, a otros patrones de familia cuya base puede ser, no sólo el matrimonio, sino también la existencia de una unión de hecho o de un progenitor exclusivo (familias monoparentales).

Desde esta percepción, la unión de hecho puede definirse desde distintos puntos de vista, pero siempre tienen en común que es una situación de convivencia estable entre dos personas, de forma consensuada, semejante a la relación matrimonial aunque se distingue de la misma debido a que no existe el elemento propio del matrimonio (Gete-Alonso, 2004).

Respecto a las familias monoparentales, son las conformadas por un solo progenitor con sus hijos e hijas menores. Esta modalidad de familia puede obedecer a distintas causas: como consecuencia de la ruptura de un grupo familiar por la muerte de uno de sus progenitores; como causa derivada de una separación o divorcio, o la ruptura de una pareja de hecho; o simplemente se ha formado una familia monoparental entre un progenitor con sus hijas e hijos de forma voluntaria (Camarero, 2005).

Pero cabe destacar que hay un elemento común que pueden tener todos los modelos familiares o modelos de relaciones entre las personas. Éste es un vínculo que está indisolublemente unido a las mujeres y hombres que conforman estos patrones:

los hijos y las hijas, quienes deben tener el derecho a vivir en un entorno estable y favorable para poder desarrollarse satisfactoriamente y mantener unas relaciones con sus progenitores basadas en el principio de igualdad, principio proclamado y garantizado, en nuestra Constitución. En este sentido, la igualdad es un derecho fundamental reconocido de modo concreto en el artículo 14 de la Constitución Española:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

Debemos plantearnos si tal igualdad es una realidad en el modelo familiar español y más concretamente en el valenciano. El principio de igualdad desde la visión de género debe ir encaminado hacia la equiparación en todos los ámbitos de la sociedad entre ambos sexos (López y López, 2011). La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en su artículo 3, reconoce el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Dicho reconocimiento nos suscita dudas, porque nos hace cuestionarnos si esta igualdad de trato también existe entre los progenitores cuando deciden no convivir en el mismo lugar y deciden sobre la vida de las hijas e hijos que tienen en común, ¿está presente la igualdad de trato cuando entran en crisis las parejas en cualquier modelo familiar?.

Otra de las cuestiones que queremos analizar en este trabajo de investigación, es la necesidad, o no, de una nueva regulación normativa en el Derecho de familia valenciano, puesto que los modelos familiares están en continua evolución, las mujeres y los hombres realizan trabajos remunerados generalmente fuera del núcleo familiar, los usos del tiempo varían cada vez más entre mujeres y hombres, etc.

Podemos observar esta evolución prestando atención a diferentes modelos familiares de España, Comunidad Valenciana y provincia de Castellón que reflejamos en las siguientes tablas.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en la Comunidad Valenciana hay un número considerable títulos concedidos a familias numerosas², es decir, con carácter

² Disponible en <http://www.qva.es>

general se concede cuando hay como mínimo tres hijos y un ascendiente o dos hijos y un ascendiente cuando al menos uno de los dos hijos tenga una discapacidad igual o superior al 33% o esté incapacitado para el trabajo. Estos datos los podemos ver reflejados en la tabla 1:

Tabla 1: títulos concedidos a familias numerosas en la Comunidad Valenciana, composición familiar-2009³

	TOTAL	FAMILIAS SIN HIJOS DISCAPACITADOS	FAMILIAS CON HIJOS DISCAPACITADOS
	2009		
C.V.	46.243	39.795	6.448

Fuente: Anuario de estadísticas del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

En segundo lugar, en la provincia de Castellón las mujeres y los hombres con el paso de los años aumentan la edad media de matrimonio. Mientras que en el año 2000 las mujeres tienen la edad media de 28 años cuando contraían matrimonio, en el año 2010 la edad media de las mujeres de matrimonio se establece en 32 años.

Del mismo modo ocurre con los hombres, la edad media de matrimonio en el año 2000 se establece en 30 años y en el año 2010 aumenta a 35 años.

Por otra parte otro de los datos destacables en la tabla 2 es, que las mujeres siguen siendo más jóvenes que los hombres cuando contraen matrimonio.

³ Instituto Nacional de Estadística, www.ine.es

Tabla 2: edad media de matrimonio en la provincia de Castellón, según sexo (2000-2010)⁴

PROVINCIA CASTELLÓN			
	AMBOS SEXOS	MUJERES	HOMBRES
2000	29,465197	28,047853	30,886801
2010	33,954765	32,347597	35,702427

Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

En tercer lugar, debemos destacar la evolución de las familias monoparentales (compuesta por un padre o madre con descendencia soltera) en España. Observamos en la tabla 3 su incremento a lo largo de los años.

Podemos prestar atención al aumento que ha experimentado este modelo familiar desde el año 2002 frente al año 2005 y 2011, aunque sigue siendo más elevado el número de familias monoparentales formada por mujeres y sus hijos e hijas que el número de familias monoparentales formada por hombres y sus hijas e hijos.

⁴ Instituto Nacional de Estadística, www.ine.es

Tabla 3: familias monoparentales según grupos de edad de la persona de referencia-España (2011-2005-2002) ⁵

		2011			2005	2002
		III Trim.	II Trim.	I Trim.	TOTAL	TOTAL
AMBOS SEXOS	TOTAL	548,60	550,90	551,30	353,30	303,20
	MENORES DE 45 AÑOS	362,70	370,50	374,60	232,10	200,10
	DE 45 A 59 AÑOS	180,70	177,00	173,70	117,80	100,20
	DE 60 Y MÁS AÑOS	5,20	3,30	3,00	3,30	2,90
%MUJERES	TOTAL	88,66	87,55	87,36	86,67	90,04
	MENORES DE 45 AÑOS	91,20	90,09	89,70	90,18	92,80
	DE 45 A 59 AÑOS	84,34	82,66	82,84	80,31	85,33
	DE 60 Y MÁS AÑOS	61,54	63,64	56,67	69,70	58,62

Fuente: Explotación específica de la Encuesta de Población Activa- Instituto Nacional de Estadística

Instituto de la Mujer, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Como consecuencia de estos cambios sociales, los poderes públicos deben garantizar y fomentar la igualdad como derecho real y efectivo entre los hombres y las mujeres. Tanto en el seno familiar tradicional, como entre parejas que tienen hijas e hijos en común. Porque todas ellas pueden entrar en conflicto en sus relaciones, y éstas, repercutirán directamente en la vida de sus hijas e hijos.

El desarrollo de las medidas que se adoptan cuando los progenitores no conviven incide directamente en la educación de los menores. Es indiscutible que esta

⁵ Instituto Nacional de Estadística, www.ine.es
 Instituto de la Mujer, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, www.inmujer.es

repercutirá en su visión desde la infancia sobre los roles que asuman los progenitores en sus vidas fomentando la igualdad o por el contrario la desigualdad.

La minoría de edad es el principal período de aprendizaje donde se normativizan los comportamientos de las personas, si los menores contemplan una relación entre los progenitores basada en el principio de igualdad entre mujeres y hombres, los menores asumirán la igualdad como principio básico y rector de sus comportamientos. Podemos entender que si *“una educación paterna deficiente ha sido asociada durante mucho tiempo con problemas de adaptación en la adolescencia y en la educación adulta”* (Ramírez, 2009:82); puede relacionarse una educación igualitaria entre los progenitores y los menores con un desarrollo de los jóvenes desde una perspectiva de género. Por tanto, *“una de las medidas fundamentales para combatir la discriminación de las niñas es la construcción de un sistema educativo igualitario y la igual capacitación para el acceso al empleo; es necesario educar en la igualdad y en el respeto de la diferencia”* (Vázquez-Pastor, 2011:817).

Como consecuencia, se deben incluir en las relaciones familiares los principios de corresponsabilidad⁶ y coparentalidad⁷ para que los sesgos androcéntricos que existen todavía en nuestra esfera familiar se vayan eliminando y se de paso a un nuevo reparto de las funciones entre los progenitores. Tradicionalmente, la sociedad patriarcal asignaba el cuidado y educación de los hijos e hijas a la madre, relegando al padre a un segundo plano cuando se trataba de las hijas e hijos.

El padre asumía la protección de la familia, la mujer se movía en la esfera privada de las relaciones y trabajo doméstico no remunerado y el hombre en la esfera pública siendo el sustentador económico familiar. Con el nuevo modelo social *“al tener las mujeres ingresos propios, fruto de su trabajo, han adquirido mayor autonomía al no depender económicamente del marido o pareja”* (Sole e Ysàs, 2011: 735).

⁶ Si la guarda abarca de forma alterna o sucesiva el derecho del progenitor a convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, englobando derechos y obligaciones y por supuesto la responsabilidad por los actos lícitos e ilícitos que ocasionen los menores con culpa o negligencia (Guilarte, 2008). Entendemos que la corresponsabilidad supone que ambos progenitores se hacen responsables de tales actos lícitos o ilícitos provocados con culpa o negligencia por los menores o incapaces de los que se les atribuye la guarda.

⁷ “Sea cual fuere el vocablo que se use, ambos términos custodia compartida o coparentalidad, permiten primar una nueva mentalidad que se va incorporando en los patrones normativos y valorativos de los padres, por la que se reivindica la igualdad de estos en el ejercicio de sus funciones” (Romero, 2009:29)

Desde el punto de vista estatal, el Código Civil contempla el deber de cuidar y atender a los hijos e hijas conjuntamente por los progenitores antes de que rompan su vínculo afectivo y su convivencia, “el cese de la convivencia de los padres no crea nuevas obligaciones para con sus hijos, las obligaciones ya las tenían, las adquirieron en el momento en que se estableció la relación de filiación” (Sole e Ysàs, 2011: 735). A tenor de estas palabras, no entendemos como, con carácter general sin acuerdo entre los progenitores en caso de separación o divorcio de los cónyuges el Código Civil relega o subordina la custodia compartida a un segundo lugar. “*Dando preferencia a la custodia a favor de uno solo de los padres*” (Torres, 2011). Hay que tener en cuenta, que de acuerdo con los artículos 92.5 y 92.6 del CC⁸ para que se otorgue la custodia compartida deben darse unos requisitos: que los soliciten los padres o que lleguen a este acuerdo durante el procedimiento, informe favorable del Ministerio Fiscal, oír a los menores cuando tengan suficiente juicio si es necesario, valoración de las alegaciones de las partes, valoración de las pruebas y valoración de la relación que existe entre los padres y con sus hijos.

Pasamos de unas obligaciones conjuntas de cuidar y atender a los hijos a unas obligaciones individuales en primer plano, siendo, eso sí, las necesidades de los menores las mismas o mayores por la crisis emocional que está viviendo la familia en esos momentos.

Los menores tienen el mismo derecho a relacionarse con sus progenitores independientemente de la relación o conflicto que medie entre ellos, se trata de proteger el interés superior del menor el cual:

“trata garantizarle un entorno adecuado para que pueda desarrollar las capacidades y cualidades necesarias para su progresivo crecimiento personal, para salvaguardar la protección, su dignidad, garantizarle una existencia libre de injusticia o discriminación, dar trato prioritario a sus intereses sobre los de sus

⁸ Artículo 92.5 y 92.6 del CC:

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

familiares y allegados, porque el derecho debe proteger a quien a priori es parte débil y necesitada en nuestra sociedad' (Torres, 2011:7).

1.1.1. La regulación de la separación y el divorcio en el Código civil

La regulación de las crisis de pareja, esto es, la separación y el divorcio, se disciplina en el Código Civil, concretamente en el libro I, título IV, capítulo VII, VIII, IX, X y XI. Su redacción actual obedece a la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante Ley 15/2005⁹).

La regulación anterior del Código Civil en materia de separación y divorcio, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, exigía la concurrencia de causa o acuerdo de ambos cónyuges, y condicionaba el divorcio al requisito de separación previa, con un plazo mínimo de un año que debía transcurrir desde la celebración del matrimonio para instar su disolución para el caso de divorcio de mutuo acuerdo¹⁰.

⁹ BOE Núm. 163, de 9 de julio de 2005

¹⁰ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE núm. 172, 20 de julio de 1981.

Artículo 81: Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.
2. A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación.

Artículo 82:

Son causas de separación:

1. El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.
No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.
2. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.
3. La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.
4. El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.
5. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.
6. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.
7. Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3, 4 y 5 del artículo 86.

Artículo 86:

Son causas de divorcio:

1. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

Con las modificaciones que introdujo la Ley 15/2005 se abandona una regulación jurídica basada en la separación previa y el divorcio causal para poder solicitar judicialmente la separación y el divorcio. Se adopta una normativa más acorde con la realidad social basada en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución Española¹¹) y la voluntad libre de los cónyuges que desean romper la convivencia o el vínculo jurídico matrimonial.

Otra de las modificaciones que realizó la Ley 15/2005 en el Código Civil se operó en relación a los artículos que regulan la guarda y custodia de los menores, tema que desarrollaremos en el punto 1.2.1 del presente trabajo.

Con la actual regulación del Código Civil los requisitos para decretar la separación y el divorcio judicialmente los encontramos en los artículos 81 y 86 CC. En tales artículos se establece que pueden solicitar la separación o el divorcio ambos cónyuges o uno solo con el consentimiento del otro. Para ello deben haber transcurrido 3 meses desde la celebración del matrimonio. Junto con la demanda se adjuntará propuesta de convenio regulador (cumpliendo los requisitos del artículo 90 del Código Civil) y propuesta de las medidas que regulen los efectos de la separación.

Sin embargo, en caso de la acreditación de un riesgo para la vida, integridad física, libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge que interpone la demanda de separación o de cualquier miembro del matrimonio (hijos e

-
2. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.
 3. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos:
 - a. Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial. o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.
 - b. Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.
 4. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.
 5. La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.

¹¹ Art. 10.1 de la CE:

“1.La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. “

hijas) no hará falta cumplir el requisito de temporalidad (que haya transcurrido 3 meses desde la celebración del matrimonio)

Es en el artículo 90 del Código Civil donde da comienzo la regulación relativa a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, es una normativa “*cuyos destinatarios son los cónyuges que pretenden poner fin a su crisis matrimonial*” (García Rubio y Otero Crespo, 2006). El objeto central de las relaciones matrimoniales en crisis en muchas ocasiones son: los menores. Como resultado, el cuidado de los hijos y el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos se menciona en el artículo 90.1 a) del CC (García Rubio y Otero Crespo, 2006).

De acuerdo con el art. 90.1 a) del CC el cuidado de los hijos, deberá verse reflejado en el convenio regulador que establezcan los cónyuges en su separación o divorcio, dos posibilidades que se pueden elegir independientes o sucesivas a la voluntad de los cónyuges.

Decimos “hijas e hijos”, aunque el Código Civil sigue utilizando el término masculino “hijos”. Recordemos que el Código Civil es un Código del siglo XIX, y hasta la reforma de 2005 no se han introducido correcciones del lenguaje sexista, aunque las correcciones hayan sido insuficientes, como podemos observar. Utiliza este término masculino “hijos” dándole un sentido general, que engloba a mujeres y hombres. Pero de esta forma, se le da más valor e importancia a los términos masculinos que a los femeninos. Siendo una muestra de los rasgos del androcentrismo presentes, contribuyendo a generalizar los términos masculinos como los dominadores. Esta falta de perspectiva de género contribuye a la permanencia de los términos femeninos en la subordinación. Además da una visión masculina como si fuera la única y universal a ser atendida, valorada y ejecutada. A veces según el lenguaje que utilicemos parece que lo que no se nombra no existe. Contribuye pues este uso del lenguaje jurídico que se realiza el Código Civil a dejar a la mujer en una especie de sombra. Es necesaria la perspectiva de género en estos preceptos para contribuir al empoderamiento de las mujeres en todos los ámbitos del ordenamiento y todos los ámbitos de la vida social. Para que las mujeres se sientan parte de los derechos, obligaciones y garantías que promulga nuestro ordenamiento. Debido a que creemos que de esta forma también se contribuye al respeto del hombre hacia la mujer y de la mujer hacia ella misma. Desde el punto de vista jurídico la utilización de

un lenguaje no igualitario posibilita que haya hombres que se entiendan legitimados y por el contrario entiendan que las mujeres no poseen esta legitimación. Así pues, lo único que ocurre con la utilización de un lenguaje no igualitario es que se fomenta la desigualdad de género¹², *“en el ámbito normativo jurídico, aún persiste, siquiera inconscientemente el sexismo al utilizar el lenguaje, de ahí la necesidad de llamar la atención y crear conciencia en torno al cambio, modificación o reforma que sea pertinente”* (Gete-Alonso, 2011:54).

EL Código Civil regula la patria potestad y la guarda y custodia de forma separada. Regulándose los modelos de guarda y custodia *“como un efecto de la nulidad, separación y divorcio en los artículos 90 y ss”* y la titularidad y ejercicio de la patria potestad *“con sustantividad propia, se regula en el Título VII, bajo la rúbrica De las relaciones paterno-filiales”* (Guilarte, 2010).

Respecto a las consecuencias económicas que puedan derivar de la separación o el divorcio el Código Civil establece en su artículo 97 un régimen compensatorio a favor del cónyuge que vea empeorada su posición económica producida por la separación o el divorcio, pudiendo establecerse la prestación (temporal, indefinida o prestación única) según los acuerdos que hubieran alcanzado las partes en el convenio regulador o en la sentencia, teniendo en cuenta en este caso el juez para establecerla (art. 97 CC):

- Los acuerdos de los cónyuges
- La edad y el estado de la salud
- La cualificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo
- Los cuidados a la familias durante el matrimonio y actuales
- La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales, o profesionales del otro cónyuge.
- La duración del matrimonio y la convivencia conyugal
- La pérdida eventual de un derecho de pensión
- El caudal, medios económicos y necesidades de los cónyuges
- Otras circunstancias que puedan ser relevantes

¹² “Criterios del lenguaje No sexista” Ayuntamiento de Castellón de la Plana, Servicio de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres. 2007.

En definitiva, con la Ley 15/2005 se suprimen las causas del divorcio a alegar por los cónyuges pudiendo solicitarlo por la simple voluntad de los mismos o alguno de ellos, se reducen los costes judiciales, se reduce el tiempo de espera para instar el divorcio (Alascio y Marín, 2007) favoreciendo “*la diversificación de los modelos familiares acaecida en los últimos tiempos*” (Alascio y Marín, 2007:12).

1.1.2. El fenómeno de las parejas de hecho

Como argumentamos en la introducción del presente trabajo de investigación, el modelo familiar español ha sufrido múltiples variaciones.

Tradicionalmente la institución del matrimonio como modelo familiar, ya fuera civil o eclesiástico, era el modelo más practicado en España. En la actualidad el fenómeno de las “parejas de hecho”, ha ido en aumento alcanzando una importancia y repercusión cultural que se asemeja al resto de uniones matrimoniales.

Es una modalidad de convivencia totalmente aceptada y consolidada, una alternativa al matrimonio y en muchas circunstancias es una forma de convivencia que precede al matrimonio a modo de prueba o se intercala como modelo familiar entre dos matrimonios fallidos de una persona (García, 2007).

Como realidad en sí, necesitan de una regulación por parte de los poderes públicos, dado que éstos son quienes deben estar al servicio de los intereses de los ciudadanos.

Las parejas de hecho también son llamadas uniones de hecho, uniones estables de pareja, parejas no casadas o parejas estables, dependerá de la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos. Son un núcleo familiar, parejas estables que conviven diariamente y deciden no seguir un modelo jurídico de las relaciones afectivas contemplado y regulado por el Código Civil y tampoco reconocido en nuestra Constitución Española. Son parejas unidas de forma “*consensuada*”, que tienen cabida en el concepto de familia del artículo 39 de la Constitución Española. (Camarero, 1997). Las parejas de hecho implican:

“referirnos a una situación de coexistencia diaria y con vocación de permanencia, creándose entre los convivientes unidos sentimentalmente un ámbito común de intereses y fines” (Cuenca, 2010).

Por tanto, no existe unanimidad en la denominación de esta forma de convivencia entre dos personas. Puede utilizarse cualquiera de las formas que hemos nombrado para referirnos a ella. Se establecen distintos significados debido a que, actualmente las disposiciones legales autonómicas que regulan esta modalidad de convivencia no unifican criterios. Además cada reglamentación autonómica atribuye unos efectos jurídicos o requisitos de constitución. Circunstancias que pueden llegar a crear confusión.

Lo que para una Comunidad Autónoma resulta ser una unión de hecho o pareja de hecho, puede que no lo sea para otra o tenga efectos diferentes. El contenido de las leyes autonómicas varía perceptiblemente de unas a otras.

“No existe ninguna ley de ámbito estatal destinada a configurar un régimen jurídico propio de las Uniones no Matrimoniales.

Sin embargo, coexisten en el territorio español una multitud de normas de ámbito autonómico que regulan esta institución” (Gete-Alonso, 2004:272).

Las circunstancias de elegir esta forma de convivencia entre parejas fuera del matrimonio son múltiples y pueden atender o coincidir con las distintas modalidades de ejercerla. No se puede establecer un criterio general que explique el cómo y el por qué. Atendiendo a distintos motivos, pueden ser entre otros, por ser los más frecuentes: de tipo ideológico, de prueba antes de contraer matrimonio, económico o legal. Nos referimos a lo ideológico cuando englobamos en este motivo aquellas parejas que deciden unirse de hecho, porque les permite evaluar, negociar o modificar los términos y el contenido de su relación en cualquier momento. Además estas parejas pueden acordar formar una unión de hecho por no creer o no querer practicar otra forma de unión entre dos personas reconocida jurídicamente o desde cualquier dogma religioso.

Otra de las causas nombradas, de prueba antes de contraer matrimonio, hace referencia a aquellas parejas que deciden cohabitar como antesala al matrimonio, es una convivencia temporal y provisional. Cuya finalidad en principio es el matrimonio. En cambio cuando la causa de la formación de la unión de hecho es la económica podemos pensar que se debe a la voluntad de la pareja de evitar o minimizar los gastos económicos que algunas veces van asociados al matrimonio. Y respecto al último motivo nombrado de su formación, el legal, puede comprender aquellas parejas en las cuales existe algún obstáculo o impedimento legal que no les permite contraer matrimonio (García, 2007).

Respecto a las distintas regulaciones jurídicas estatalmente encontramos una mención específica en la Ley 40/2007, de 4 de septiembre, de medidas en materia de Seguridad Social (en adelante Ley 40/2007). Concretamente en su artículo 174.3 ha introducido modificaciones en referencia a la pensión de viudedad. Pensión que se reconoce actualmente a la persona que hubiera estado unida al causante en el momento de su fallecimiento, habiendo formado “pareja de hecho”, siempre que se cumplan los requisitos de alta y cotizaciones que se establecen en el artículo 174.1. También se deberán acreditar las circunstancias patrimoniales específicas que establece el artículo 174.3.

Es en artículo 174.3 de la Ley 40/2007, donde se establece una de las conceptualizaciones que existen de “pareja de hecho”, aunque solo a efectos de pensión de viudedad. Ya que cada normativa autonómica tendrá un concepto propio. De acuerdo con el art. 174.3:

“la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años.”

Con esta mención de la pareja de hecho, en la normativa estatal sobre pensión de viudedad, se puede observar como el legislador estatal conoce la figura, aunque no le otorgue un tratamiento integral (García, 2007).

Respecto al caso de ruptura de las parejas de hecho y las consecuencias de los hijos e hijas habidas en la unión, se regirán por el Código Civil y la normativa civil específica de cada Comunidad Autónoma, de existir, en base al principio de igualdad de las filiaciones reconocido en el artículo 39.2 de la Constitución Española¹³.

Pero es en la legislación autonómica donde encontramos desarrollada la normativa de las parejas o uniones de hecho, variando el contenido de las mismas. Lo que es común a ellas es la generalización de al menos dos variantes de pareja de hecho: la pareja de hecho registrada (aquella que cumple con los requisitos establecidos por cada Comunidad Autónoma, y que normalmente implica una equiparación a la institución matrimonial), y la pareja de hecho no registrada (al margen de las previsiones autonómicas). En la actualidad, son éstas las Comunidades Autónomas con normativa propia:

- Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho
- Asturias: Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables
- Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables
- Cataluña: Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja
- Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no casadas
- Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias
- Cantabria: Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria
- Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura
- Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre de, de Parejas Estables
- Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid
- País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho

¹³ Art. 39.2 de la CE:

“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”

- Valencia: Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho
- La Rioja: Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja
- Galicia: Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Dentro de todas estas regulaciones autonómicas son las Comunidades Autónomas que tienen otorgados derechos en competencia civil foral las que desarrollan más la normativa al respecto, caso de Navarra, Cataluña, País Vasco, Galicia, o Comunidad Valenciana-aunque la competencia de nuestra comunidad pueda ser puesta en entredicho-.

Debemos tener en cuenta que la legislación civil es competencia exclusiva del estado, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo que se les confiere a las Comunidades Autónomas con derechos forales, civiles o especiales, *“las competencias respectivas y el funcionamiento específico de las Comunidades Autónomas se derivan de la Constitución Española”* (Sánchez, 1993). Tal desarrollo se encuentra reconocido específicamente en el artículo 149.1.8º de la CE, en virtud del cual:

“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 de matrimonio, ordenación de los 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. “

Nosotros acotaremos nuestro estudio y analizaremos la normativa al respecto en la Comunidad Valenciana.

La Comunidad Valenciana ha promulgado la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho, para otorgarles seguridad jurídica y evitar situaciones de desigualdad.

El ámbito de aplicación de la ley se ciñe a aquellas parejas que convivan de forma estable e ininterrumpida como mínimo un periodo de 12 meses y se inscriban de forma voluntaria en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana. Se trata de una inscripción de carácter constitutivo, lo que puede plantear problemas de choque con las materias reservadas en exclusiva a regulación estatal en virtud del núcleo duro del artículo 149.1.8 CE (esto es, formas de matrimonio). Curiosamente en el artículo 1.3 se determina que, para que la ley sea de aplicación a estas uniones se requiere que uno de los miembros de la pareja esté empadronado en la Comunidad Valenciana.

Esta ley otorga a las parejas de hecho la posibilidad de establecer los pactos que consideren necesarios como forma de regular su régimen económico y su liquidación en caso de cese de la convivencia, mediante escritura pública respetando los principios que se establecen en el artículo de la presente ley.

El artículo 6 de la Ley 1/2001 contiene las formas de extinción de la unión de hecho: cuando medie común acuerdo entre la pareja, por voluntad unilateral de uno de los miembros de la unión de hecho debiendo ser notificada al otro miembro por cualquiera de las formas admitidas en derecho, por muerte de uno de los miembros de la unión de hecho, por separación de hecho de más de seis meses entre los miembros de la unión o por matrimonio de uno de los miembros.

Además, en caso de extinción de la unión de hecho, los dos miembros de la misma están obligados, aunque sea separadamente, a solicitar la cancelación de la inscripción de la unión.

Observamos que como hemos comentado anteriormente la normativa no hace mención alguna a las relaciones paterno-filiales, siendo la normativa civil general y con el tiempo, específica de la Comunidad Valenciana la aplicable.

La jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la aplicación analógica de las normas reguladoras del Código Civil a los hijos (arts. 90 a 94 del Código Civil), de

acuerdo con el principio constitucional de igualdad de las filiaciones, ya que, los hijos comunes de las parejas de hecho siguen siendo comunes, continúen siendo pareja de hecho sus progenitores o abandonen la convivencia (Pinto, 2008).

En esta polémica que suscita la aplicación analógica de las normas del matrimonio para resolver conflictos entre los miembros de una unión de hecho, no se puede dudar que son padres del hijo o hija cuya custodia se debe resolver. Por tanto:

“cabem pocas dudas sobre la necesidad de que el aplicador del derecho resuelva el desacierto técnico del legislador utilizando idénticos criterios, sean cuales sean o hayan sido las relaciones existentes entre ambos titulares de la patria potestad, los que también confirman las normas del procedimiento” (García y Otero, 2006: 72).

1.2. La regulación en España de la situación de los hijos menores ante una crisis de pareja

1.2.1. El art. 92 del Código civil

El Código civil español, en su artículo 92 contempla la regulación jurídica general de la guarda y custodia de los menores, en caso de conflicto de las relaciones y el cese de la convivencia de sus progenitores. Entendiendo la guarda como:

“aquella potestad que atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores” (Guilarte, 2008:4).

Como resultado de esta conceptualización, podemos admitir la guarda compartida no como una cotitularidad entre los progenitores. Sino más bien, como una titularidad sucesiva o alterna. Siendo el guardador, el progenitor a quien le corresponda la guarda en cada momento (Guilarte, 2008).

El artículo 92 del CC está ligado a la aplicación del artículo 156 y 159 del Código Civil, los cuales, establecen:

“Art. 156: La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad o con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”

“Art. 159: Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”

Antes de comentar estos artículos debemos hacer alusión al término “patria potestad”, desde nuestra visión de género, creemos que no debería modificarse el contenido, pero sí, su denominación para que sea visible la igualdad de los progenitores tanto en forma como en contenido, respecto a la función jurídica sobre los hijos e hijas, concretamente de la mujer (Gete-Alonso, 2011).

Veamos la semejanza de estos artículos con la nueva redacción del artículo 92 en su última modificación por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La Ley 15/2005 avanza un paso más hacia una guarda y custodia compartida. Fomenta la corresponsabilidad entre los progenitores, basada en el principio de igualdad. Busca la asunción por ambos progenitores de las responsabilidades inherentes a sus hijas e hijos incluyendo de este modo, una visión de género en la normativa familiar. Aunque, como vamos a comentar, es una guarda y custodia compartida limitada.

El legislador ha querido dar un salto en la guarda y custodia de menores cuyos progenitores no conviven encaminándose a unas relaciones entre los menores y sus progenitores de continuidad y desarrollo de las mismas. Relaciones basadas en un régimen equitativo e igualitario entre ambos progenitores. Pero cuando lo ha redactado parece haber dado un paso atrás desde la perspectiva de género. Ha olvidado modificar el uso masculino que se realiza en el lenguaje jurídico, debido a que:

“el legislador está obligado a velar porque las leyes que aprueba no contengan elementos directa o indirectamente discriminatorios fue el cambio del término patria potestad por otro neutral desde la perspectiva de género, pues no cabe duda de que, a pesar de su carácter tradicional o precisamente por él, evoca al padre y no a la madre” (García Rubio y Otero Crespo, 2006:73).

Una vez establecido el estado de la cuestión pasaremos analizar el artículo 92 como antecedente a la aplicación en la Comunidad Valenciana en materia de familiar a la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

El artículo 92 establece los casos en los que se podrá establecer la guarda y custodia exclusiva a uno de los progenitores y la guarda y custodia compartida, entendiéndose por tal una modalidad de custodia, en la cual, los progenitores ejercen las funciones de representación legal, educación, formación, administración de los bienes de sus hijas e hijos, de forma alterna (Alascio y Marín, 2007). A lo anterior habrá que sumar que en estos casos la atribución de vivienda y la pensión de alimentos, se

otorga en defecto de pacto de los cónyuges, a los hijos e hijas y a aquel de los cónyuges “*en cuya compañía queden*” (García Rubio y Otero Crespo, 2006: 96).

También se regulan los casos de privación de patria potestad si aparece justa causa en el procedimiento, en relación con el artículo 170 CC, supuestos de privación de la patria potestad total o parcialmente:

- Mediante sentencia firme
- Por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad
- Por causa matrimonial o criminal

De acuerdo con el artículo 92.4 CC los padres (término general no feminista) en principio pueden llegar aun acuerdo sobre el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijas e hijos en el convenio regulador, aunque el juez se guarda la potestad de poder decidir en todo momento en beneficio de los menores.

Es en los apartados 5 y 6 del citado artículo donde encontramos los requisitos que el legislador ha establecido para otorgar la guarda y custodia compartida:

- Los “padres” deben de solicitar la guarda y custodia compartida en la propuesta del convenio regulador
- Los “padres” durante el procedimiento judicial llegan al acuerdo del ejercicio compartido de la guarda y custodia
- Si el juez acuerda la guarda y custodia debe fundamentar su decisión y adoptar las cautelas procedentes
- Procurar no separar a los hermanos (cabría que el beneficio del menor pasase por su distanciamiento)
- Informe favorable del Ministerio Fiscal
- Oír al menor si tiene suficiente juicio, de oficio (si es necesario), por petición del Ministerio Fiscal, partes del Equipo Técnico Judicial o del menor
- Valoración de las alegaciones y la prueba practicada en la comparecencia
- Relación de los “padres” entre los mismos y con los menores.

Comprobamos que de acuerdo con los requisitos nombrados si los progenitores no solicitan conjuntamente la guarda y custodia compartida de los menores el juez no la otorgará en un principio, aunque si la podrá atribuir si resulta beneficiosa en interés

superior del menor. Se trata en todo caso, de intentar que el menor mantenga relaciones con sus padres y éstos mantengan para con él sus derechos y obligaciones. De acuerdo con la protección del interés superior del menor como eje de las decisiones judiciales, se debe estudiar caso por caso según las circunstancias propias del caso (Alascio, 2011). El interés del menor podemos definirlo como:

“un arquetipo de conducta o actitud que adoptar en las relaciones personales y en el tráfico jurídico, del que se deduce la regla (jurídica) necesaria para el caso particular, y sirve para orientar al operador jurídico (particulares, tribunales, Administración) en la relación de una conducta jurídica que responde a ciertos valores de orden, justicia, razonabilidad, para casos y circunstancias para los que no hay un dato normativo más preciso” (Rivero, 2007:68).

Este tipo de regulación, la contenida en los artículos 92.5 y 92.6 del CC, nos hace plantearnos si es este el camino de la igualdad de las responsabilidades de los progenitores hacia sus hijas e hijos. Elección escogida por el legislador al redactar este precepto, facultando a las partes a poder elegir entre custodia compartida o individual exclusiva en muchos casos, aunque exista la posibilidad de que el juez en beneficio superior del menor atribuya la custodia compartida. En muchas ocasiones resulta arduo que los progenitores consensuen una posible custodia compartida, puesto que están sufriendo una crisis afectiva de sus relaciones. Como resultado de esta situación a veces es difícil llegar a alcanzar acuerdos, y pensar en el interés superior del menor.

Por lo tanto, lo anterior nos hace cuestionarnos si en realidad se fomenta la coeducación y la corresponsabilidad entre los progenitores en este modelo de custodia compartida. Es más, nos genera la duda de que ésta sea la vía adecuada para que se cumpla el derecho de cada menor a convivir con sus progenitores en relaciones basadas en la igualdad.

Es cierto que existe una excepción a estos supuestos, en cuyo caso el juez puede otorgar la guarda y custodia compartida (artículo 92.8 CC), siempre que se den los siguientes requisitos:

- Solicitud de uno de los progenitores

- Informe favorable del Ministerio Fiscal
- Su fundamento reside en el interés superior del menor

Por lo tanto, en principio parece que, según la redacción del artículo 92 CC si las partes no solicitan la guarda y custodia compartida, el juez no la otorgará. Entendemos que puede quedar al albur de los progenitores esta decisión: si los progenitores no deciden hacerse responsables de sus hijas e hijos menores no se les otorgará la guarda y custodia compartida.

Sin embargo, el interés superior del menor es el criterio fundamental en el que el juez ha de centrar su decisión. Así pues, si resulta beneficiosa la custodia compartida para el menor, el juez puede atribuir la custodia compartida a los progenitores. Debido a que el interés del menor *“se concreta en mantener relaciones con ambos progenitores, a imagen y semejanza de lo acontecido hasta la crisis convivencial”* (Guilarte, 2010).

Un punto de vista, que intenta encaminar la guarda y custodia hacia la continuidad de relaciones entre progenitores e hijos cuando dejan de convivir todos en el mismo núcleo familiar. Circunstancia que puede contribuir a que los progenitores eduquen a sus hijas e hijos conjuntamente.

En el artículo 92.7 CC también se establecen los supuestos en los que no procede guarda conjunta con causa justificada:

- En caso de que cualquiera de los progenitores esté “incurso en un proceso penal” (concepto que nos crea dudas sobre su posible significado jurídico en un procedimiento. Entendemos que no se ha equiparado con una situación concreta del proceso dejándonos una incertidumbre sobre su legitimidad. Debido a que si todavía no ha sido condenado puede ser absuelto, pudiendo entrar en colisión con la presunción de inocencia (García Rubio y Otero Crespo, 2006)), que se haya iniciado por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los “hijos” (hijos e hijas sería un término más adecuado desde la perspectiva de género).
- En el supuesto en el que el Juez advierta indicios fundados de violencia doméstica. Aunque si consultamos la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género,

observamos en lo relativo a patria potestad, custodia de menores y régimen de visitas, el legislador ha establecido alguna discrepancia, ya que, en esta norma se establece que para la suspensión del ejercicio de la patria potestad o la guarda y custodia, así como la suspensión del régimen de visitas, el Juez lo podrá acordar para el inculpado por violencia de género.

Por último en lo relativo al artículo 92 del Código Civil, se establece en su apartado 9 que el Juez, puede de oficio o a instancia de parte, solicitar dictamen de especialistas cualificados para adoptar alguna de sus decisiones a que se refieren los apartados anteriores del presente artículo.

1.2.2. Las regulaciones autonómicas

1.2.2.1. Cataluña

El régimen jurídico que regula el cuidado de las hijas e hijos menores cuando las parejas se divorcian o separan judicialmente en Cataluña se encuentra establecido en la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia*, en su título III, "la familia", capítulo III, los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, sección segunda, "cuidados de los hijos" (e hijas, entendemos que utilizan el término masculino como generalizador, utilizando por tanto en esta legislación terminología jurídica machista, contribuyendo al uso continuado de un lenguaje no igualitario que contribuye a relegar a la mujer en un segundo plano o en un plano ni contemplado), concretamente en los artículos 233-8, 233-9, 233-10, 233-11 CCCat.

De acuerdo con esta regulación el Código Civil Catalán, reconoce la no alteración de las responsabilidades de los progenitores hacia sus hijos (otro de los términos sexistas utilizado por la norma catalana, en adelante me referiré como menores o hijas e hijos) tras un proceso de nulidad, divorcio o separación judicial.

La normativa se basa en el *favor filii* o interés superior del menor y prevé que sean los cónyuges los que decidan la forma y ejercicio de la guarda y custodia mediante pacto en caso de ruptura, ya sea compartida o exclusiva por uno de los progenitores.

Los progenitores en el “plan de parentalidad”, establecen las responsabilidades parentales, la forma y ejercicio de la guarda y custodia de los menores, así como su educación, debiendo contener el plan de parentalidad unos requisitos fijados por la norma para su constitución.

Es necesario en este momento hacer alusión al término del que hace uso la norma catalana “parentalidad”, entendemos que el uso de esta expresión puede querer neutralizar el lugar del padre desde la perspectiva de género. Dentro de las posibles funciones de esta terminología cabría *“enmascarar la diferencia entre maternidad y paternidad y así dar a pensar que uno u otro de los padres ocupan cada vez más frecuente una posición equivalente”* (Tamayo, 2011:779).

Continuando con el régimen jurídico que establece la norma catalana, se fija que en caso de no mediar acuerdo entre los cónyuges, entendemos que será la autoridad judicial quién fijará el modelo de ejercicio de guarda y custodia dependiendo de lo más conveniente para el interés del menor.

Por lo tanto, en la legislación autonómica catalana, la guarda y custodia compartida no se otorgará si los progenitores no están de acuerdo, y como regla general no será de aplicación por parte de la autoridad judicial sin acuerdo de los progenitores. Entendemos que la ley catalana no considera la custodia compartida como medida preferente, por defecto y subsidiaria de la custodia individual (Alascio, 2011).

La norma establece además unos criterios a seguir para determinar la guarda y custodia de los menores, tanto si existe plan de parentalidad como si es la autoridad judicial la que deba decidir el régimen a seguir:

- La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
- La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los menores y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

- La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos (e hijas), especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los progenitores.
- El tiempo que cada progenitor había dedicado a la atención de los hijos (e hijas) antes de la ruptura y las tareas desempeñadas para procurarles el bienestar.
- La opinión de los menores.
- Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
- La situación de los domicilios de los progenitores, horarios y actividades de los progenitores y los menores.

Debemos resaltar que en principio existe la obligación de no separar a hermanos (y hermanas) pero se contempla como excepción.

La norma catalana, contempla además en el artículo 233-11.3 dos supuestos en el que no podrá atribuirse la guarda a uno de los progenitores. El interés de los menores determina que queda fuera del ámbito de la custodia el progenitor contra el que se haya dictado sentencia firme por actos de violencia familiar de los que los hijos (e hijas) hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. Tampoco en los casos en los que haya indicios fundamentados de que se hayan cometido actos de violencia familiar de los que los hijos (e hijas) hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

1.2.2.2. Aragón

La *Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, ha sido incluida en el Código de Derecho Foral de Aragón. El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, aprueba, con el título de *Código del Derecho Foral de Aragón*, el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, y ordena que la entrada en vigor de uno y otro tenga lugar el día 23 de abril de 2011. La refundición se ha hecho en cumplimiento de la autorización de las Cortes al Gobierno de Aragón, contenida en la disposición final primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.

La guarda y custodia de los hijos e hijas en los supuestos de ruptura de convivencia entre los padres (progenitores) y en ausencia de pacto de relaciones familiares se encuentra reglamentada en el capítulo II, sección 3ª del Código Civil aragonés.

El objetivo principal y el interés que prima en esta normativa es favorecer el mejor interés de los hijos (e hijas) y promover la igualdad entre los progenitores. Para poder lograr el mejor interés de los hijos e hijas se configura la custodia compartida, frente a la individual, como norma preferente en beneficio de los menores, exigiendo que ambos progenitores perciban su responsabilidad continua, compartida e igualitaria. Lo que intenta fomentarse es la existencia de unos lazos continuos de afectividad entre los menores y los progenitores.

El artículo 77 del capítulo II, sección 3ª, subsección 2ª, del Código Civil aragonés contempla el pacto de relaciones familiares, determinando la posibilidad de que los padres (progenitores) otorguen un pacto de relaciones familiares, en el cual, se establezcan el régimen de las relaciones familiares, conteniendo como mínimo:

- El régimen de convivencia o de visitas con los hijos (e hijas).
- El régimen de relación de los hijos (e hijas) con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.
- El destino de la vivienda y ajuar familiar.
- La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos (e hijas), incluidos en su caso los hijos (e hijas) mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.
- La liquidación, en caso de que proceda, del régimen económico matrimonial.
- La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

El capítulo II, sección 3ª, subsección 3ª, se dedica a la mediación familiar, proceso en cual, los progenitores pueden someter sus discrepancias a mediación antes de acudir al ejercicio previo de acciones judiciales.

Es en el capítulo II, sección 3ª, subsección 4ª donde se establecen las “*medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares*”, a falta de pacto entre los padres (progenitores) será el Juez, el que determinará las medidas que regirán las relaciones familiares tras la ruptura de convivencia entre los progenitores.

Cada uno de los progenitores por separado o de mutuo acuerdo ambos, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos (e hijas) menores sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

Es en el artículo 80 donde aparece la custodia compartida preferente:

“El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos (e hijas) menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores...”

El Juez tendrá en cuenta para adoptar su decisión una serie de factores:

- La edad de los hijos (e hijas)
- El arraigo social y familiar
- La opinión de los hijos (e hijas) siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de las partes
- Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia

El Código de Aragón contempla en el artículo 80.6 los supuestos en los que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida:

- Estar incurso en un proceso penal que se haya iniciado por: atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas y se haya dictado resolución motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.
- Cuando el Juez advierta existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género

Consideramos la Ley aragonesa, de acuerdo con Torres (2011), una Ley “pionera” en la custodia compartida, por otorgarle prioridad y carácter preferente en interés de los hijos (e hijas) menores, en caso de ruptura de la convivencia de los progenitores, pudiendo compartir la educación y obligaciones de los hijos e hijas de forma igualitaria.

Es un régimen que fomenta *“la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos padres”* (Guilarte, 2008).

1.2.2.3. Navarra

El régimen jurídico que regula la guarda y custodia de los hijos e hijas cuando los “padres” (término que utiliza la ley para referirse a diversos sujetos, aunque desde la perspectiva de género se debe utilizar “progenitores” porque incluye a madres, padres o madre y padre) no conviven conjuntamente en la Comunidad Foral de Navarra se encuentra establecido en la *Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*.

En atención al lenguaje jurídico que utiliza la norma de Navarra, en la Disposición adicional única establece el uso del masculino como categoría general que se refiere a diversos sujetos (aunque resulte un uso sexista). Como justificación del uso del lenguaje sexista, la norma indica que se realiza *“por mera economía expresiva y que se refiere de forma genérica a dichas posiciones incluyendo tanto el caso de que las ocupen mujeres como que las ocupen hombres con estricta igualdad en sus efectos jurídicos”*.

Esta justificación intenta amparar su lenguaje jurídico sexista “*por economía expresiva*”. En la práctica contribuye a un único uso masculino, quedando el femenino relegado a una mera alusión en la Disposición adicional única.

La normativa navarra se fundamenta en el interés superior del menor y en la exención de los padres (progenitores) de sus obligaciones con los hijos (hijos e hijas) cuando no conviven.

En atención al bienestar de los menores y los progenitores se establece la posibilidad de llegar a un acuerdo entre los padres (progenitores) mediante el recurso a la mediación familiar. (Artículo 1.3)

Si éstos no llegaran a un acuerdo mediante mediación familiar (artículo 2) habrá que recurrir a lo disciplinado en el artículo 3 y siguientes de la presente norma, esto es, a las “*medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares*”.

Estas medidas contemplan que, en caso de ruptura de la convivencia de los progenitores, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno sólo de los progenitores.

En el caso que sea solicitada por uno de los progenitores, el Juez puede acordar la guarda y custodia compartida o individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesario, cuando así convenga a los intereses de los menores.

La norma fija como factores de decisión del Juez:

- La edad de los hijos
- La relación entre los progenitores, y en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas
- El arraigo social y familiar de los hijos e hijas

- La opinión de los hijos e hijas siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años
- Las aptitudes y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos
- Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores
- Los acuerdos y convenios que pudieran tener los progenitores
- Otras circunstancias de especial relevancia para el régimen de convivencia

La Ley Foral de Navarra contempla en el artículo 8 tres supuestos en los que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres (progenitores), siempre que se cumplan estos requisitos:

- Estar incurso en un proceso penal que se haya iniciado por: atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas.
- Que se haya dictado resolución motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.
- Cuando el Juez advierta indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Concluimos este punto resaltando que, sobre el papel, es una Ley que no llega a establecer la custodia compartida como preferente o prioritaria, necesitando que sea solicitada por los dos progenitores o por uno de ellos. Pero sí refuerza la custodia compartida respecto al Código Civil, puesto que no se necesita informe favorable del Ministerio Fiscal como requisito obligatorio.

1.2.2.4. Valencia

La Comunidad Valenciana establece en la normativa autonómica, *Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, el carácter preferente de la custodia compartida en caso de ruptura de la convivencia de los progenitores. En su Exposición de Motivos se establece que en beneficio de los hijos e hijas y su derecho a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos

progenitores y el derecho de éstos de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar. De su regulación, así como de su análisis crítico, nos encargaremos en el siguiente epígrafe.

2. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven

2.1. Introducción

La Ley 5/2011, de 1 de abril de la Comunidad Valenciana, (en adelante Ley 5/2011) ha nacido para dar respuesta a las necesidades de la sociedad valenciana. Al igual que sucede en el ámbito estatal la conflictividad familiar es un hecho social y cada vez son más los valencianos y las valencianas que se enfrentan a situaciones de crisis de pareja existiendo descendencia de por medio. Como consecuencia natural, se plantea la necesidad de regular qué sucede en los supuestos de conflicto, tanto desde un punto de vista patrimonial como personal. Dentro de este último elenco de situaciones, en pleno siglo XXI, ha aumentado la preocupación por el correcto desarrollo del interés superior de cada menor, y en este sentido se ha buscado la aprobación de una norma que discipline esta cuestión.

La ley valenciana pretende ser un paso más hacia la equiparación en el ámbito familiar entre las mujeres y hombres, planteando una regulación basada en criterios establecidos desde una perspectiva amplia. Se pretende atender a cuáles sean las relaciones reales entre los progenitores que no conviven y deben atender al interés superior del menor, estableciendo las obligaciones y los derechos de los progenitores en igualdad de oportunidades, para que la vida del menor se desarrolle de la mejor forma posible.

Si esta regulación es una vía para contribuir a la equiparación de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres o si fomenta la corresponsabilidad entre los progenitores dependerá, no sólo de la letra de la ley, sino de la interpretación que se realice de ésta en la aplicación efectiva que realicen los jueces y juezas en sus funciones, así como de la forma en que los progenitores ejerzan en la práctica de sus competencias familiares.

Hay que observar y analizar la jurisprudencia que se ha seguido en las distintas Comunidades Autónomas hasta el momento en materia de familia. Para saber si existe una práctica jurídica en derecho de familia basada en la igualdad de trato entre

hombres y mujeres, esto es, introduciendo la perspectiva de género en esta práctica jurídica (cuestión que desarrollaremos en otro apartado del trabajo de investigación).

Hasta hace pocos años, la trayectoria de nuestros tribunales nos desvelan, la continuación del sistema tradicional, siendo: la titularidad y ejercicio de la patria potestad otorgada a ambos progenitores en caso de ruptura o no convivencia, y la guarda y custodia de los menores otorgada a la madre, reconociéndola como “cuidadora natural” de los hijos e hijas (consecuencia del orden natural de las cosas establecido por la sociedad patriarcal).

Pero actualmente el sistema jurídico, está en continua evolución y cada vez son más los seguidores de la “custodia compartida”, fomentando que el hombre y la mujer asuman sus responsabilidades o la continuidad de las mismas cuando hay una ruptura con su pareja y existen hijas e hijos menores fruto de su unión afectiva cuando convivían.

Cualquiera que sea el punto de referencia está claro que el interés jurídico que prima en los casos de situación de crisis familiar con hijos e hijas es y será el interés de los menores y el derecho de los mismos a convivir con sus progenitores. Así, la jurisprudencia mantiene un criterio común, *“inspirador de todas y cada una de las resoluciones: el beneficio del menor, favor filii o bonum minoris. Será este superior interés de los hijos el que guiará el proceso de toma de decisiones judiciales, y en definitiva, la adopción del régimen de custodia y visitas más conforme con aquél”* (García Rubio y Otero Crespo, 2006:75).

Una vez se han expuesto las principales líneas de la cuestión, se entiende que la ley valenciana favorece la asignación del “régimen de convivencia compartida” y la posibilidad de realizar un “pacto de convivencia” entre los progenitores para evitar o blindar la posibilidad de suavizar un conflicto en las relaciones familiares y proteger los intereses de los menores.

Puesto que, las sociedades civilizadas buscan resolver los conflictos familiares desde el entendimiento, para que esto sea posible, es necesario fomentarlo jurídicamente en las relaciones paterno-filiales igualitarias.

La Ley Valenciana abre un camino hacia una normativización de los comportamientos entre progenitores desde una perspectiva de género y el fomento de la extensión del deber de cuidar y atender a los menores, aunque los progenitores no convivan.

La presente ley objeto de estudio, argumenta que su objetivo es mantener una relación equilibrada e igualitaria entre los progenitores y la relación con las hijas e hijos menores para el caso de ruptura de convivencia entre los progenitores.

Se persigue que exista en estos casos unos lazos de unión de forma equitativa y en igualdad de condiciones entre los progenitores y los hijos e hijas menores, siendo el desarrollo de la responsabilidad un interés primordial.

En la ley se fomenta la corresponsabilidad y una distribución igualitaria de los roles entre mujeres y hombres en el ámbito familiar. Recordemos que

“el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos” (Scott: 1996).

Puesto que el género es construcción cultural y estudia las diferencias entre los sexos, dependiendo del contexto histórico y social en que nos encontremos, la asignación de roles a las mujeres o a los hombres es también una construcción cultural cambiante y variable.

Las normas también son variables y derogables, e inciden directamente en el comportamiento de las mujeres y los hombres. El Derecho como disciplina jurídica que regula las relaciones entre las mujeres y los hombres, debe contribuir también a normalizar desde una perspectiva de género la vida interna familiar porque de otro modo las consecuencias ya son conocidas por todos.

Por tanto, *“si el derecho es una herramienta del cambio social y su papel resulta fundamental en el compromiso de los valores, para que los resultados sean óptimos va a hacerse preciso que derecho y sociedad se muevan de forma acompañada”* (Tamayo, 2011:770).

En esta nueva forma del derecho englobamos la principal novedad de la norma valenciana, el carácter preferente que adquiere el “régimen de convivencia compartida” (custodia compartida), respecto de las hijas/os menores sujetos a la patria potestad de sus progenitores que posean la vecindad civil valenciana.

Se trata de un *“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.”* (Art.3 a) Ley 5/2011)

Medida general, la custodia compartida, que adoptará la autoridad judicial sin que se necesite que los progenitores de mutuo acuerdo la soliciten, para facilitar la no creación o resolución de conflictos entre las partes, nos justifica la norma. Aunque es necesario recordar que siempre primará el interés superior del menor. Por lo que el juez adoptará la decisión más adecuada de acuerdo con las circunstancias propias del caso. Ello puede determinar que no sea la custodia compartida el modelo más adecuado en situaciones concretas.

Frente esta realidad legislativa hay diversas posturas en España, así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de marzo de 2010 donde se expresa que *“...es necesario... un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la responsabilidad parental...el ejercicio compartido de la guarda y custodia no es el adecuado en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores...”* (Romero, 2011:127)

En este supuesto, tras valorar las condiciones propias, al no haber entendimiento suficiente entre los progenitores, el juez no atribuyo la guarda y custodia compartida. Ya que, ante tales circunstancias los progenitores no estaban en situación de ejercer de forma adecuada la responsabilidad parental conjunta.

Más adelante, en otro epígrafe del trabajo, analizaremos las diferentes posturas que se adoptan en el panorama jurídico español.

2.2. Fundamento competencial

El fundamento competencial de la Generalitat Valenciana para promulgación de la Ley 5/2011, se encuentra en el Estatuto de Autonomía Valenciano, reformado mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 20 de abril, modificación encaminada al alcance de mayores cuotas de autogobierno. Se desarrolla así una competencia que a nivel estatal se encontraría reconocida en el art. 149.1.8 CE.

En virtud de esta reforma se atribuyó competencia exclusiva a la Generalitat para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral valenciano, ex artículo 49.1.2^a¹⁴.

En el ejercicio de dicha competencia se aprobó la Ley 10/2007, de 20 marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, modificada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, de la Generalitat, como paso hacia la elaboración de un futuro Código Civil foral valenciano.

El 4 de julio de 2011, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad¹⁵ contra la Ley 5/2011. Este recurso se ha fundamentado en la extralimitación de la competencia autonómica derivada de las previsiones de los citados preceptos del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, invocando la consiguiente vulneración de la competencia estatal en materia de Derecho civil del art. 149.1.8 CE. El Abogado del Estado invocó el art. 161.2 CE¹⁶ a fin de que se acordase la suspensión de la Ley impugnada.

Por providencia de 19 de julio de 2011 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Primera, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad. Se tuvo por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2

¹⁴ Art. 49.1.2^a: “1. La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 2^a. Conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano.”

¹⁵ Recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011, contra la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. BOE núm. 178, de martes 26 de julio de 2011.

¹⁶ Art. 161.2 CE: “2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.”

CE, lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso (4 de julio de 2011) para las partes del proceso y, desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el "Boletín Oficial del Estado", para los terceros.

El día 29 de septiembre de 2011 la representación procesal del Gobierno de la Generalitat Valenciana y el 3 de octubre de 2011 el Letrado de las Cortes Valencianas, formularon sus alegaciones, interesando la desestimación del recurso interpuesto. Mediante otrosí suplican el levantamiento de la suspensión inicialmente acordada.

El Abogado del Estado, con fecha 18 de octubre, evacuó el trámite conferido interesando que se acuerde el mantenimiento de la suspensión.

El Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto de 22 de noviembre de 2011, acordó levantar la suspensión¹⁷ de aplicación de la Ley 5/2011 de la Comunidad Valenciana, que se produjo con la admisión del mencionado recurso de inconstitucionalidad promovido por el Abogado del Estado.

Hasta la fecha, el Pleno del Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto.

2.3. Ámbito de aplicación de la Ley: la vecindad civil valenciana

El ámbito de aplicación de la Ley 5/2011, se encuentra regulado en su artículo 2 de la Ley. El precepto establece que de acuerdo con el artículo 3.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana y las disposiciones del Título preliminar del Código Civil, la Ley 5/2011 será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a autoridad parental de sus progenitores, siempre que éstos ostenten la vecindad civil valenciana.

Para entender el concepto de vecindad civil valenciana, es necesario que analicemos, en primer lugar, la regulación común establecida en el Código Civil, y en

¹⁷ Recurso de inconstitucionalidad nº3859/2011, en relación con la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. BOE núm. 291, de sábado 3 de diciembre de 2011.

segundo lugar la regulación específica de la Comunidad Valenciana, presumiendo que ésta es constitucional.

Hay que tener en cuenta que, la determinación de la vecindad civil es una competencia exclusiva del estado, dada la reserva de competencia en materia de elaboración de normas para la resolución de conflictos de leyes (Álvarez, 2010).

De acuerdo con el artículo 14.1 del Código Civil la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil, por tanto la vecindad civil no posee otra eficacia *“que determinar el ámbito de aplicación de los distintos derechos civiles españoles”* (Álvarez, 2010:101).

“1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.

2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.

Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.”

De acuerdo con este artículo cuando los dos progenitores tienen la misma vecindad civil, los hijos e hijas tendrán la misma vecindad que sus padres. Del mismo modo que se atribuirá a los hijos e hijas la vecindad civil de uno sólo de los progenitores cuando la filiación sólo se hubiese determinado respecto de un progenitor. Apreciándose el *“predominio del <ius sanguinis> como criterio de determinación de vecindad civil originaria”* (Bercovitz, 2001).

También tendrá la misma eficacia a la adopción, el adoptado o adoptada no emancipado o no emancipada adquiere la vecindad de los adoptantes o adoptante cuando éstos tengan la misma vecindad civil. También adquiere la vecindad civil del único adoptante o del adoptante español.

En estos casos, si los progenitores tienen vecindad civil valenciana sus hijas e hijos también la tendrán.

El artículo 14.3 del Código Civil establece las reglas para determinar la vecindad civil del hijo o hija por filiación natural o adoptiva cuando no se den los presupuestos anteriores.

Así “3. Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento, y, en último término, la vecindad de derecho común.

Sin embargo, los padres, o el que de ellos 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 seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción. La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos. En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su 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, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.”

Este apartado 3 vuelve a incidir en el principio general del art. 14.2 CC: como criterio subsidiario se establece el del lugar del nacimiento, así pues, el nacido o la nacida, adquirirá la vecindad civil correspondiente al lugar en el cual hubiese nacido.

Esta regla no es de aplicación cuando únicamente uno de los progenitores es español, aunque la filiación respecto a este progenitor haya sido determinada después de la filiación del progenitor extranjero (Bercovitz, 2001).

Por otra parte, el art. 14.3 permite a los progenitores decidir de mutuo acuerdo la aplicación del criterio subsidiario contenido en el mismo artículo en el plazo previsto.

Otra de las reglas que contiene el art. 14.4 del CC es la no alteración de la vecindad civil por matrimonio:

“4. El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los dos cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro.”

Este apartado favorece la “unidad familiar” de la vecindad civil, permite a los cónyuges la elección de la vecindad civil entre los mismos mientras no estén

separados legalmente o de hecho. De acuerdo con Bercovitz, puede ser difícil probar la separación de hecho entre los cónyuges.

En el siguiente apartado se establecen dos posibilidades de cambio de vecindad civil según periodos de residencia:

“5. La vecindad civil se adquiere:

Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifiesta ser esa su voluntad.

Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.”

En último lugar, se establece el apartado 6 como clausula residual:

“6. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar del nacimiento.”

Conforme con lo estudiado podemos decir que, en el apartado 1º se reconoce la coexistencia del derecho civil común junto con el derecho civil foral o especial. El apartado 2º y 3º establecen la adquisición de la vecindad civil común y foral. El apartado 4º establece la no alteración de la vecindad civil por contraer matrimonio. El apartado 5º regula la adquisición de la vecindad civil por residencia continuada. Y por último, el apartado 6º establece el criterio a seguir en caso de duda sobre la vecindad: criterio de lugar de nacimiento (González, 2009).

Si pasamos al ámbito de nuestra comunidad, de acuerdo con la legislación autonómica se establece en el artículo 3.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, la aplicación del Derecho foral civil valenciano:

“El Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quién 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.”

Por tanto, si los progenitores poseen la vecindad civil valenciana, por alguna de las circunstancias expuestas de acuerdo con el Código Civil y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, será de aplicación la Ley 5/2011.

2.4. Pacto de convivencia familiar

2.4.1. Concepto del Pacto de convivencia familiar

El Pacto de convivencia familiar, surge en la Ley 5/2011 para garantizar los principios y valores que se plasman en la presente Ley objeto de investigación. Estos principios se encuentran configurados en la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana. Y son desarrollados en la Ley 5/2011 de la siguiente forma:

- El 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 estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses”*
- El derecho de cada menor: *“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”*.
- El derecho de cada menor, separado de un progenitor: *“a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular”*.
- El derecho de cada menor: *“a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados”*.

Además de asumir estos principios, la norma establece en su preámbulo que *“En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”*

En atención al interés de cada menor, y a los principios y valores que se reconocen en la presente Ley, la norma contempla la necesidad de hacer conscientes a los progenitores de realizar un pacto, en caso de ruptura de la convivencia o de la no convivencia de los mismos. Un convenio entre los progenitores que establezca un

régimen equitativo de las relaciones entre las hijas e hijos y los progenitores. En atención a todo lo desarrollado el legislador establece el Pacto de convivencia familiar.

El Concepto de Pacto de convivencia familiar, lo encontramos en la Ley 5/2011, en su artículo 3:

“Por pacto de convivencia familiar debe entenderse 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”

Por tanto, se trata de un acuerdo, entre los progenitores, que contiene el régimen de relaciones entre los progenitores y los hijos e hijas, tanto familiar como patrimonial, que va a regir entre los mismos, después de dejar de convivir, y que debe ser aprobado judicialmente.

Como observamos en la norma se hace referencia en todo momento a las relaciones de hijos e hijas cuyos progenitores que dejan de convivir, así pues, entendemos que la norma es de aplicación tanto a parejas estables o de hecho como a uniones matrimoniales, englobando los distintos modelos de familia.

Si revisamos las Leyes forales Autonómicas expuestas anteriormente, identificamos la similitud de los conceptos con distinta terminología empleada, puesto que, en primer lugar Cataluña regula en la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia*, en su artículo 233-9 establece y regula el “Plan de Parentalidad”, siendo semejante su contenido al Plan de convivencia familiar.

En segundo término, en Aragón, cuyo Código del Derecho Foral, en su artículo 77.3 regula y establece el contenido mínimo del “Pacto de relaciones familiares” siendo similar también al valenciano pero con distinto nombre.

También encontramos una referencia similar en Navarra, cuya *Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*. En su capítulo III establece las medidas de aplicación en defecto del

pacto de relaciones familiares, aunque en esta norma no se establece un artículo expreso (como el resto de regulaciones autonómicas) para el pacto de relaciones familiares. Sin embargo, sí se extrae de su contenido, puesto que se trata, del mismo modo que el concepto valenciano, de un acuerdo entre los progenitores de regulación de las relaciones familiares entre los mismos y los hijos e hijas, una vez no conviven.

Las distintas Leyes Autonómicas que regulan la guarda y custodia, de los hijos e hijas en caso de ruptura de la convivencia de los progenitores, utilizan distintas terminologías, lo que implica mayor complejidad y manifiesta, la clara necesidad de una unificación de términos (Viñas, 2012). Ahora bien, abarcan convenios que no siempre tendrán el mismo contenido o alcance.

2.4.2. Regulación del Pacto de convivencia familiar

En el artículo 4 de la Ley 15/2011, se establece la regulación, funcionamiento y contenido del pacto de convivencia familiar. Así, en su apartado 1 establece el momento en el que se podrá otorgar el pacto de convivencia familiar, así como, las posibles partes del mismo y su objeto:

“1. Cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas.”

Así pues, se establece que el momento o tiempo para otorgar el pacto de convivencia familiar, será cuando los progenitores dejan de convivir o no conviven. Las partes que pueden otorgar el pacto son los progenitores, mientras que, el objeto del mismo es el establecimiento del régimen de relaciones con sus hijas e hijos.

El artículo 4.2 regula el contenido mínimo que deberá establecerse en el pacto de convivencia familiar, siendo el mismo de carácter familiar y patrimonial:

“2. El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos:

a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores.

b) El régimen mínimo de relación de 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.”

De este modo, se establece que el pacto de convivencia familiar, debe contener respecto al régimen familiar una serie de extremos. Así, el régimen de convivencia de los hijos e hijas con sus progenitores y el régimen de mínimo de relación de los menores con sus familiares directos distintos de los progenitores (hermanas, hermanos, abuelos, abuelas y otros allegados); respecto al régimen patrimonial se debe establecer, tanto el destino de la vivienda y ajuar familiar, así como la cuantía y el modo para satisfacer los gastos de las hijas e hijos.

A continuación en el artículo 4.3 se establecen las causas por las cuales se podrá modificar o extinguir el pacto de convivencia compartida:

- Por causas específicas del propio acuerdo
- Por mutuo acuerdo
- A petición de uno de los progenitores, por circunstancias relevantes
- Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los menores e incapacitados
- Por privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores, sobrevenida al pacto
- Por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto

Para que el contenido del pacto de convivencia familiar, sus modificaciones o posible extinción produzcan efectos es necesaria su aprobación por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal. (Artículo 4.4 de la Ley 5/2011)

2.4.3. Medidas Judiciales

Las medidas judiciales que contiene la Ley 5/2011, están reguladas en el artículo 5 de la misma, serán de aplicación cuando los progenitores no lleguen a un acuerdo y por lo tanto no otorguen un pacto de convivencia familiar. En estos supuestos, será la autoridad judicial la que fijará en contenido mínimo que debe contener el pacto, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Es el artículo 5.2, donde se establece, la norma preferente y de carácter general, respecto a la guarda y custodia de los menores, para el caso de falta de pacto entre los progenitores:

“2. Como regla general, 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.”

Se establece la custodia compartida como regla general en caso de desacuerdo entre los progenitores, aun oponiéndose uno de los progenitores o habiendo malas relaciones entre los mismos. Coincidiendo el carácter preferente de la custodia compartida con la regulación contenida en el Código Foral de Aragón pero difiriendo con la Ley autonómica de Navarra y Cataluña.

Para poder fijar el régimen de convivencia de cada progenitor, con los hijos e hijas, los progenitores, deberán presentar una propuesta de pacto de convivencia familiar, y la autoridad judicial, deberá tener en cuenta los siguientes factores, contenidos en el artículo 5.3:

- 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.
- La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años.

- La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.

Si analizamos la evolución de los usos del tiempo entre las mujeres y los hombres en la sociedad española, observaremos las diferencias entre ambos:

El tiempo medio destinado por cada española o español en alguna de las actividades listadas en la tabla 4 difiere sensiblemente según sean mujeres u hombres. De este modo, cada española en el periodo de tiempo 2009-2010 destina 4,7 horas diariamente al hogar y familia frente a 1,54 horas que destinan los hombres al hogar y familia diariamente.

Por el contrario, el tiempo destinado por las mujeres al tiempo libre es inferior al de los hombres. Las mujeres destinan prácticamente 1 hora menos diariamente a estas actividades.

En la tabla, podemos observar la evolución en el registro de las diferencias en el uso del tiempo por sexos, en las distintas actividades que se realizan diariamente por mujeres y hombres, comparando los datos del periodo 2002-2003 con los datos del periodo 2009-2010.

TABLA 4: Diferencias en el uso del tiempo por sexos. España.¹⁸

		2009-2010	2002-2003
AMBOS SEXOS	TOTAL	22h 23´	22h 55´
	CUIDADOS PERSONALES	11h 29´	11h 22´
	HOGAR Y FAMILIA	3h 0´	2h 57´
	ESTUDIOS	0h 39´	0h 42´
	TRABAJO REMUNERADO	2h 47´	3h 0´
	TIEMPO LIBRE	4h 57´	4h 53´
MUJERES	TOTAL	22h 53´	22h 51´
	CUIDADOS PERSONALES	11h 26´	11h 21´
	HOGAR Y FAMILIA	4h 7´	4h 24´
	ESTUDIOS	0h 39´	0h 43´
	TRABAJO REMUNERADO	2h 9´	1h 57´
	TIEMPO LIBRE	4h 32´	4h 26´
HOMBRES	TOTAL	22h 54´	23h 0´
	CUIDADOS PERSONALES	11h 33´	11h 24´
	HOGAR Y FAMILIA	1h 54´	1h 30´
	ESTUDIOS	0h 39´	0h 42´
	TRABAJO REMUNERADO	3h 25´	4h 4´
	TIEMPO LIBRE	5h 23´	5h 20´

Fuente: Instituto de la Mujer. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Nota: Los datos expresan la duración media diaria de tiempo utilizada para cada una de las variables pudiendo resultar un tiempo superior a 24 horas debido a que se pueden solapar las actividades.

- Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

¹⁸ Instituto de la Mujer. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, www.inmujer.es

- Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.
- Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.

Es necesario incluir la “conciliación” en la realización de todas las actividades en cualquier ámbito a los hombres. Para que haya un reparto equitativo de las actividades de hombres y mujeres, y una igualdad material. Ya que hay que tener en cuenta que el reconocimiento formal de la igualdad y la conciliación existe. Es necesario abandonar la creencia histórica de que las mujeres deben o pueden de asumir todo tipo de actividades. Y al mismo tiempo las mujeres deben delegar actividades de la vida doméstica y familiar en los hombres. Resulta ineludible una mayor concienciación por parte de los hombres para conseguir la igualdad. El reparto de roles tiene que ser más igualitario entre mujeres y hombres y de esta forma puede que la custodia compartida sea concebida como la forma más idónea cuando los progenitores no conviven o dejan de convivir y se proteja de la mejor manera el interés de lo menores. En este sentido,

“La responsabilidad compartida del cuidado de los hijos, pues concierne a la conciliación como proyecto político. Además favorece una mejor organización, aumenta la productividad y la autonomía” (Papí, 2005).

- La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.
- Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

Por otra parte, se establece en el artículo 5.4, el supuesto en el cual, la autoridad judicial podrá otorgar el régimen de convivencia individual a uno sólo de los progenitores, entendiendo por custodia individual:

“Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo 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.” (Art.3 de la Ley 5/2011)

La autoridad judicial podrá acordar este régimen de convivencia individual para garantizar el interés superior del menor, cuando lo estime necesario, a la vista de los informes sociales, médicos, psicólogos y demás necesarios.

En caso de que se establezca este régimen, la Ley regula que deberá establecerse por la autoridad judicial un régimen de relaciones familiares para garantizar el contacto de los hijos e hijas con los progenitores, de acuerdo con las circunstancias propias del caso. La Ley 5/2011 fija en el artículo 3 el concepto de relaciones familiares:

“debe entenderse 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.”

El régimen de convivencia puede ser modificado por la autoridad judicial, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, el control periódico que se establezca sobre la situación familiar y los informes que se emitan. Por tanto, no es un régimen de convivencia cerrado, sino que dependiendo del caso concreto y sus circunstancias puede variar y ser alterado o modificado.

Del mismo modo que establecen las Leyes Autonómicas de Navarra, Aragón y Cataluña, la Ley 5/2011 establece los supuestos en los cuales, no procederá el régimen de convivencia a uno de los progenitores, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Estar incurso en un proceso penal que se haya iniciado por: atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas.
- Que se haya dictado resolución motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.
- Cuando el Juez advierta indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Aunque se podrá revisar la ordenación de las relaciones familiares, que se haya otorgado en estos casos, cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios.

Coincidiendo esta regulación de la Ley 5/2011, con la contenida en el Código Foral de Aragón, la cual, establece que en los casos de atribución de guarda y custodia previstos en el artículo 80.6 (supuestos en los que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores) serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria.

2.5 Régimen económico

En la materia que nos ocupa en este trabajo de investigación, debe prevalecer el interés superior del menor ante los intereses de los progenitores pero no significa que no deban resolverse de forma directa las medidas económicas (Sole e Ysàs, 2011).

En este punto, la norma se ocupa de regular el funcionamiento y atribución de aquellos bienes patrimoniales que han sido comunes durante el régimen de convivencia que han mantenido los progenitores y los hijos e hijas. Dentro de estos bienes de carácter patrimonial entendemos que se encuentran: la vivienda de uso familiar que han establecido los progenitores, los bienes uso doméstico y ajuar de la familia, así como aquellos bienes de coste económico que sean comunes entre los progenitores.

Por otro lado, también se incluye dentro del régimen económico, la regulación de las cargas familiares, esto, aquellos gastos que se originan en el buen desarrollo de los hijos e hijas de los progenitores. Tales gastos pueden ser: educación respecto al sistema educativo y actividades anexas al mismo que ya desarrollaban los menores antes de la ruptura de convivencia de los progenitores, alimentación, actividades de tiempo de ocio que fueron pactadas por los progenitores antes de su cese de la convivencia, gastos sanitarios no cubiertos por el Sistema de Sanidad Pública, vestidos y accesorios de aseo u otros gastos de uso frecuente y necesarios, así como gastos excepcionales que puedan surgir en circunstancias no comunes.

Pues bien, en la Ley 5/2011, todos estos bienes de carácter patrimonial y gastos económicos, se agrupan entorno a unos conceptos específicos y cada uno teniendo una regulación propia. Los conceptos del régimen económico que se fijan en la Ley 5/2011 son:

- Uso de la vivienda familiar
- Ajuar familiar
- Gastos ordinarios
- Gastos extraordinarios

2.5.1 Conceptos

Una vez establecidos los conceptos que engloban el régimen económico de la Ley 5/2011, pasamos a identificar el contenido de cada uno y su significado. De acuerdo con el contenido de la Ley y el artículo 3 de la misma podemos definirlos de la siguiente forma:

- Vivienda familiar: Aquella que se ha utilizado por los progenitores y los menores mientras han convivido.
- Ajuar familiar: Bienes comunes de los progenitores durante su convivencia, que normalmente figuran en la vivienda familiar.
- Gastos ordinarios: *“Aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período. 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.”* (Artículo 3 apartado e)
- Gastos extraordinarios: *“los que puedan surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma excepcional”* (Artículo 3 apartado f)

2.5.2 Regulación

El régimen económico cuando los progenitores no conviven o dejan de convivir y tengan descendencia, se regirá por lo estipulado en los artículos 6 y 7 de la Ley 5/2011 a falta de pacto entre los progenitores.

El artículo 6.1 de la Ley 5/2011, contiene la regulación a seguir en defecto de pacto entre los progenitores, respecto al uso de la vivienda y del ajuar familiar.

En cuanto al uso de la vivienda familiar, en caso de régimen de convivencia compartida, la preferencia del uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo

más conveniente para los hijos e hijas menores, teniendo en cuenta la compatibilidad de este uso, con el progenitor que tuviese mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

En el caso de que el uso de la vivienda se establezca a favor del progenitor no titular de la vivienda y la misma fuese privativa del otro progenitor 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.

Para establecer la compensación, se tendrán en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias propias del 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. En caso de atribución de convivencia individual, se seguirá el mismo régimen jurídico.

Las reglas específicas sobre el uso de la vivienda familiar, se regulan en el artículo 6.2, 6.3 y 6.4 de la Ley 5/2011, de acuerdo con el mismo se establece:

- No se adjudicará una vivienda, 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 faculten para ocuparla como tal residencia familiar, excepto acuerdo en contrario de los progenitores.
- Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla. El cónyuge adjudicatario, cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento, salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

- En todos los supuestos mencionados, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso 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.
- El régimen jurídico establecido en el artículo 6 de la Ley 5/2011, no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.

El artículo 6 en sus apartados 5 y 6 establece el régimen jurídico del ajuar familiar, de acuerdo con cual, el ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar, salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial, se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él.

El progenitor que no haya resultado adjudicatario de la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales, en un plazo de tiempo establecido por la autoridad judicial.

En el caso de que, se decida que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso.

Respecto a los gastos en atención y cuidado a las hijas e hijos, siguiendo la regulación del artículo 7 de la Ley 5/2011, se establece que será fijado en el pacto de convivencia familiar y en defecto de acuerdo entre los progenitores, será la autoridad judicial quién lo determine.

La autoridad judicial, decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores, según el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores, que se haya establecido. (Artículo 7.4)

La autoridad judicial determinará la cantidad a satisfacer en concepto de gastos ordinarios en atención a los hijos e hijas, en función de los recursos económicos de cada progenitor y las necesidades de los hijos e hijas menores. (Artículo 7.1 y 7.2 de la

Ley 5/2011). Debido a la inclusión de la mujer en el ámbito laboral, los recursos económicos de hombres y mujeres, han variado mucho en los últimos años pero la tasa de actividad laboral femenina sigue siendo sensiblemente inferior a la masculina, aunque por otra parte, la tasa de paro es prácticamente igual entre ambos sexos, siendo un poco superior la de los hombres. Observemos la tabla 5:

TABLA 5: Ocupados y parados por sexo. Tasa de actividad y paro. España, Comunidad Valenciana y provincia Castellón. 2012 TI (valores absolutos en miles y tasas en porcentaje) ¹⁹

	MUJERES				HOMBRES			
	OCUPADAS	PARADAS	T.A.	T.P.	OCUPADOS	PARADOS	T.A.	T.P.
ESPAÑA	7,905.9	2,615.7	53.35	24.86	9,527.3	3,023.8	66.86	24.09
C.V.	820.2	294.7	52.62	26.43	992.2	386.7	67.09	28.05
PRO.CASTELLÓN	95.0	32.1	52.60	25.26	115.3	50.4	66.98	30.44

Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

En cuanto a los gastos extraordinarios, se estará a lo que hubieran pactado los progenitores. En defecto de pacto, la autoridad judicial fijará el modo en que deberán ser sufragados. En todo caso, con carácter general:

“Los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial” (artículo 7.3 de la Ley 5/2011)

Por lo tanto, se concreta un régimen patrimonial, el cual, no establece la atribución autonómica del uso de la vivienda familiar por razón de la guarda de las hijas e hijos menores y siendo el mismo de carácter temporal. Siendo el criterio general, el interés

¹⁹ Instituto Nacional de Estadística, www.ine.es

superior del menor y la mayor dificultad de acceso a otra vivienda por uno de los progenitores.

Contemplándose una compensación económica cuando el uso de la vivienda familiar sea atribuido al progenitor no titular o sea titularidad de ambos, y remitiéndose para su cálculo al valor de las rentas pagadas por alquileres de viviendas de las mismas características, permitiendo su computación como contribución a los gastos ordinarios (Viñas, 2012).

Siendo un régimen establecido para los casos de ruptura de convivencia, en los que existan hijas e hijos menores y rigiéndose los demás supuestos por el régimen del Código Civil. (Disposición final segunda de la Ley 5/2011²⁰)

²⁰ Disposición final segunda de la Ley 5/2011: *“El Código Civil se aplicará con carácter supletorio, en defecto de la presente ley, en todas las materias reguladas por ésta.”*

3. Jurisprudencia

En este punto, estudiaremos la jurisprudencia española, valenciana y, en especial, la castellonense, para observar los criterios de atribución de la guarda y custodia compartida o convivencia compartida que se han venido estableciendo. Aunque no constituyen jurisprudencia en sentido propio, dentro de este apartado incluiremos alguna resolución de Primera Instancia, por resultarnos de interés en el tema que nos ocupa -serán incluidas en la tabla de jurisprudencia-. Somos conscientes de la imposibilidad de abarcar de modo omnicomprendivo todas las decisiones de la materia. Por ello, simplemente destacaremos algunas de ellas, a modo de muestra de laboratorio.

3.1. Ámbito estatal

En primer lugar, estudiaremos el supuesto resuelto por el Auto de JPI Madrid, núm. 28, 19.7.2007, el cual nos parece interesante referirnos por la atribución de guarda y custodia compartida que se acuerda en la misma y la no fijación de una pensión compensatoria a favor de la parte demandada. Como argumento del Auto favorable a la custodia compartida se refiere el Juzgado de Primera Instancia: *“a través del sistema de Custodia Compartida se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de la relación de aquellos siendo tal presencia similar y constituyente el modelo que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura es menos traumática”*. Además de cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 92 del Código Civil en los supuestos de Custodia Compartida: informe favorable del Ministerio Fiscal, sistema más favorable y beneficioso para los menores como resultado de la prueba practicada (pericial psicosocial e interrogatorio de las partes). En el presente Auto, se desestima la pretensión de una pensión compensatoria a favor de la parte demandada por importe de 1.500 euros, debido a que la pensión compensatoria *“no puede entenderse como una renta o pensión circunstancia y limitado”* y atendiendo a las circunstancias concretas de la parte demandada se indica *“que se encuentra plenamente incorporado al mercado de trabajo, además no queda acreditado que el mismo haya sacrificado su vida*

profesional en aras de la matrimonial”, no concurriendo los requisitos fijados en el artículo 97 del Código Civil²¹.

Del mismo modo, en la STPI Palma de Mallorca, núm.20, 22.1.2009, por el cumplimiento de los requisitos del artículo 92 del Código Civil se atribuye la guarda y custodia compartida sobre el menor a ambos litigantes. En este caso era la parte demanda la que solicitó la guarda y custodia compartida, concurre informe favorable del Ministerio Fiscal, interrogatorio favorable a este régimen de guarda y custodia a los litigantes, acreditada la idoneidad de ambos progenitores para atender a las necesidades del menor, ya que éste había sido el aprobado provisionalmente en el Auto de medidas provisionales adoptado anteriormente.

En segundo lugar, conviene estudiar la Recurso de apelación que se planteó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 2ª, 30.3.2012, que dio lugar a una sentencia en la que se atribuye a ambos progenitores la guarda y custodia compartida de su hijo, de acuerdo con las modificaciones que supuso en derecho foral aragonés la entrada en vigor de la mencionada *“Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”*, la Audiencia ha fundamentado sus decisiones en base a los nuevos criterios introducidos en Derecho Foral de Aragón, *“...ha establecido la preferencia legal por la custodia compartida, al considerar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, lo que implica que al estar configurada como regla general, el juez podrá optar la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, ello por el contrario no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que*

²¹ Art. 97 CC: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2ª La edad y el estado de salud.

3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4ª La dedicación pasada y futura a la familia

5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”

en caso de solicitarse la individual por cualquiera de los progenitores deberá realizarse el necesario estudio de las circunstancias concurrentes en el caso debatido...

De acuerdo con el principio básico e inspirador de la norma foral, el interés superior del menor, el informe psicosocial que recoge las buenas condiciones de ambos progenitores para la crianza del menor, la capacidad de ambos progenitores para llegar a acuerdos, la no existencia de prueba que desacredite la conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, son los requisitos necesarios en este caso concreto para que la Audiencia Provincial revoque la Sentencia apelada y fije la guarda y custodia compartida del menor.

En atención al interés superior del menor, encontramos un supuesto interesante de estudio la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 1ª, 3.5.2011, resultado del recurso de apelación interpuesto por la madre actora, contra la sentencia de instancia. En la misma es de resaltar la decisión de la Audiencia, otorgando la custodia compartida aunque ninguna de las partes haya solicitado la custodia compartida *“...toda vez que el Tribunal goza de amplias facultades para acordar lo que proceda en interés del menor...”*. Se otorga la custodia compartida, en base a la buena cualificación de los progenitores para ejercerla, ya que, han venido compartiendo las tareas y funciones relativas desde antes de la ruptura y las ventajas para la evolución y desarrollo del menor probadas durante el proceso judicial.

En atención a la consideración ya tomada en cuenta sobre el interés del menor y los pactos realizados por los progenitores en atención a la guarda y custodia de los menores cuando éstos dejaron de convivir se dicta la STS, 1ª, 27.4.2012 desestimando el recurso de casación presentado por el padre. Una de sus peticiones es la guarda y custodia compartida de los menores. En el supuesto los progenitores cuando dejaron de convivir pactaron la atribución de la guarda y custodia individual de los menores a la madre, así como las demás circunstancias controvertidas entre los progenitores. Las circunstancias de los menores y los progenitores no han sufrido ninguna modificación y todas las instancias recurridas han tenido en cuenta los intereses de los menores. Por tanto el TS *“ha valorado los informes que constan en los autos y ha considerado que lo más adecuado para el menor era el mantenimiento del régimen acordado por sus progenitores en el procedimiento de separación.”*

En tercer lugar, cabe mención la Sentencia de JPI Sevilla, núm.7, 8.4.2011, por sus referencias a la vecindad civil y a la diversidad de normativa española sobre los mismos hechos o actos, circunstancia y valoración en la que coincidimos plenamente. El supuesto versa sobre una pretensión de divorcio con medidas, concurriendo los requisitos necesarios y el cese temporal establecido en el art. 81 Código Civil²² y en conformidad con el art.91 del CC²³, solicitando la demandante la custodia individual de los menores. El Auto desestima esta pretensión, establece el modelo de guarda y custodia compartida, manifestando que para su atribución (el modelo) es lamentable que: *“la actual situación legislativa que se produce en España, donde coexisten normativas francamente contradictorias, dependiendo en definitiva, de la vecindad civil del justiciable la aplicación de una u otra.”*

Muestra de esta valoración de la Audiencia Provincial, es como hemos mostrado en apartados anteriores, las diferencias entre las normativas forales y nacionales, en cuanto al lenguaje jurídico machista en algunos casos, lenguaje jurídico distinto para los mismos conceptos o regulaciones distintas para los mismos hechos. En este caso, se atribuye la custodia compartida, de acuerdo con el artículo 92.8²⁴ del Código Civil, informe favorable del Ministerio Fiscal, solicitud de uno de los progenitores, informe favorable y aconsejable por las circunstancias propias del caso, del Equipo Psicosocial a que ambos padres compartan la guarda y custodia de los menores, y que resulta el más idóneo para el interés de los menores.

²² Art 81 CC: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme el artículo 90 de este Código.

2º a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será necesario el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.”

²³ Art. 91 CC: “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.”

²⁴ Art. 92.8 CC: “8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”

En cuarto lugar, estudiaremos supuestos de guarda y custodia individual. La Sentencia de la Audiencia Provincial La Coruña, sec. 4ª, 5.4.2011, como consecuencia de la presentación y admisión de un recurso de apelación, interpuesto por el padre contra la sentencia de instancia, en la que solicita la guarda y custodia individual del menor además de otras pretensiones.

En cual, se considera *“un cambio tan radical lo consideramos perjudicial para el niño dada su temprana edad”*, un cambio de custodia de la madre al padre o para la custodia compartida, además no se cuenta con informe favorable del Ministerio Fiscal para estas modalidades de custodia (individual exclusiva al padre o compartida).

Por otro lado, la SAP Jaén, sec. 3ª, 9.12.2011, estima el recurso de apelación interpuesto por la esposa divorciada, manifestando que se había atribuido la custodia compartida en la resolución recurrida, entendiéndose que en la misma *“se había vulnerando el art. 92.8 del CC, la doctrina jurisprudencial y existe una errónea valoración de la prueba”*. Por tanto, se otorga la guarda y custodia individual a la madre, debido al informe desfavorable sobre custodia compartida del Ministerio Fiscal, voluntad manifiesta del menor de permanecer con su madre, existencia de un acuerdo entre las partes donde manifestaban la voluntad de la guarda y custodia del menor a favor de la madre. En relación a la aplicación del artículo 92.8 del CC se encuentra la STS, 1ª, 25.5.2012, en la cual se valora que se realizó en la anterior resolución una ponderación racional del artículo pero no se tuvo en cuenta los informes psicosociales que habían ya aconsejado la guarda y custodia compartida, además el TS considera que la sentencia recurrida no motiva suficiente su negativa a la custodia compartida. Por tanto, el TS atribuye la custodia compartida de los menores en atención a *“las circunstancias laborales del padre y de la madre, la disponibilidad horaria de ambos resulta semejante y no produce ningún inconveniente para la protección del interés de los hijos, El informe psicosocial del equipo del juzgado de 1ª instancia nº 12 de Palma de Mallorca llega a la conclusión que puede ser beneficioso para los niños este tipo de guarda”* y el pronunciamiento del Ministerio Fiscal *“está de acuerdo con la adopción de la medida de la guarda y custodia compartida”*. En relación a la misma citar, STS, 1ª, 11.3.2010.

La STS, 1ª, 21.5.2012 estima el recurso de casación ante la AP de Madrid, sección 24ª por Dª Juliana, el cual expone que la SAP infringe lo dispuesto en el Art. 96 CC , pues se realiza al cónyuge en cuya compañía no queda la hija común, menor de edad. Cuya sentencia atribuye la guarda y custodia de la menor a la recurrente (el otro

progenitor tiene una orden de protección contra la progenitora por motivo de un episodio de violencia y medidas de protección hacía la menor), pero no el uso de la vivienda familiar, diciendo: *“procede desestimar el segundo motivo del recurso relativo a la petición del uso del domicilio familiar, pues no se suplicó en la demanda al órgano judicial de la primera instancia; luego no puede ser petición ex novo en esta alzada y no puede ser motivo del recurso ya que el órgano “a quo” fue congruente con las peticiones de las partes según obliga el Art. 218 LEC”*

El TS fundamenta su decisión de acuerdo con: *“El Art. 91 CC establece que “en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, [...], el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges [...] determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar [...]”(énfasis añadido)”* . En aplicación de esta norma, el Art. 774. 4 LEC repite que el juez determinará en su propia sentencia, en defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas relativas a la vivienda familiar.”

3.2 Comunidad Valenciana

En cuanto a la Comunidad Valenciana es interesante resaltar en primer lugar, un supuesto en el que concurre una de las causas en las que no procederá el régimen de convivencia a uno de los progenitores, de acuerdo con la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, la SAP Valencia, sec.10ª, 4.1.2012 en la cual se desestima la pretensión del apelante, quien instaba a que se atribuyera la guarda y custodia compartida del hijo menor de ambos progenitores, pretensión desestimada, continuando ostentando la guarda y custodia del menor la madre. Los fundamentos que justifican la Sentencia son las circunstancias propias de caso, y en aplicación del apartado 4º del art.5 de la Ley 5/2011, en cual se faculta a la autoridad judicial para otorgar a uno sólo de los progenitores el régimen de convivencia con el menor cuando sea necesario para garantizar el interés superior del menor, de acuerdo con los informes que procedan. En el supuesto que nos ocupa, justifica la decisión judicial: la interrupción de la convivencia de los progenitores por un reconocido delito de lesiones en el ámbito

familiar contra madre del art. 153.1º y 3º del Código Penal²⁵, la mala relación entre los progenitores y el no consentimiento del menor respecto a la guarda y custodia compartida. El interés que prima en todo caso es el interés y la protección del menor, y éste desaconseja la guarda y custodia compartida, así como el régimen de visitas del padre.

En segundo lugar, la SAP Valencia, sec. 10ª, 21.2.2011, en aplicación del régimen contenido en el Código Civil, en esta alzada por lo que se respecta a la guarda y custodia de la hija común del matrimonio litigante ha de establecerse lo que resulte más conveniente, *“favor filii”* art. 92 del Código Civil, *“la capacidad de atención y cuidado de los progenitores respecto a los hijos, el entorno familiar, la voluntad de los afectados valorando su capacidad de comprensión, su arraigo al lugar...”* aplicando estos criterios de valoración, y por los informes periciales favorables a los dos progenitores, se valora *“que ambos progenitores están plenamente capacitados para hacerse cargo del cuidado de su hija, pues, en efecto, conforme determinan los peritos, la menor presenta un comportamiento normal y presenta un equilibrio emocional adecuado, tanto cuando ha convivido con su padre como cuando lo ha hecho con su madre.”*

En consonancia con las valoraciones realizadas por la Sala, se considera que lo más conveniente, es la atribución de la guarda y custodia compartida de la menor.

²⁵ 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpearle o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

En tercer lugar cabe hacer mención, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la doctrina favorable a la atribución de la guarda y custodia compartida, la STS, 1ª, 1.10.2010, estableciendo los argumentos para continuar con la medida de guarda y custodia compartida fijada en primera instancia nº 24 de Valencia, la doctrina de la Sala sobre la atribución de la guarda y custodia compartida establece de acuerdo con el régimen del Código Civil:

El art.92 del CC, permite *“al juez acordarla en caso de que sea pedida por ambos progenitores y cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores, tener en cuenta el informe de los equipos técnicos...”*, a estos criterios es necesario añadir la amplia facultad del juez para decidir, art. 91 CC, no rigiendo en los procedimientos judiciales sobre menores, el principio dispositivo. Además, de acuerdo con el art. 92.6 CC²⁶, respecto a la guarda y custodia compartida, el juez *“debe valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia...”*. Por otro lado, de acuerdo con el régimen del Código Civil, otro supuesto diferente, STS, 1ª, 8.10.2009, estima un recurso extraordinario por infracción procesal, anulando la Sala la resolución recurrida, por la falta de motivación de la misma, requisito exigido de acuerdo con el art.120 de la CE²⁷. En este supuesto la Sala contempla la falta de motivación para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en primera instancia, *“...porque el cambio de circunstancias en el caso no resulta justificado, el domicilio de los progenitores no es desconocido, porque la guarda y custodia compartida se fundamenta básicamente en la no estabilidad del domicilio de los hijos...”*. La Sala ordena que *“se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiese recurrido en la infracción o vulneración.”*

La STS, 1ª, 7.7.2011, desestima recurso casación por infracción procesal ante la AP Alicante, en el cual uno de los motivos del recurrente es la falta de competencia de

²⁶ Art. 92.6 CC: “6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”

²⁷ Art. 120 CE: “1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública. “

los Tribunales Españoles, motivo que se desestima, diciendo el TS: "El Art. 15 del reglamento mencionado dice lo siguiente: "1. Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto, podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor: a) suspender el conocimiento del asunto", invitando a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional del estado miembro con el que el niño tenga esta especial relación, o bien solicitarle que ejerza su competencia. Ello se aplicará bien de oficio, bien a instancia de parte, pero siempre será necesario el consentimiento de una de las partes" Otro de los motivos del recurrente para que se no se atribuya la guarda y custodia compartida es la falta de motivación para su atribución. El TS dice Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa "el interés del menor": "*criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven*". En atención a los motivos citados, y el interés superior del menor, siguiendo el criterio de no separación de hermanos y los informes favorables al modelo de custodia compartida, se atribuye la guarda y custodia compartida a los progenitores.

3.3 En particular, Castellón

La Audiencia Provincial, en la SAP Castellón, sec. 3ª, 10.4.2003 atribuye la guarda y custodia compartida, en aplicación del Código Civil, la recurrente solicita la administración del fondo de los menores en exclusiva y que la contribución económica a favor de los menores que integra el fondo a que se refiere la sentencia recurrida se reparta de la siguiente forma: 60% a cargo del padre y 40% a cargo de la madre. La madre sostiene que no son las mismas las posibilidades económicas de los dos progenitores. La Sala entiende "*la carga alimenticia ha de estar en función de las*

necesidades del obligado a prestar los alimentos y de las necesidades del beneficiario de los mismos”.

El pronunciamiento judicial reconoce la pretensión de la madre respecto a la contribución económica del 60% del padre y del 40% de la madre, justificada por la diferente capacidad económica de los litigantes, pero no atribuye a la madre la administración en exclusiva. *“No hay motivo alguno para atribuir a la madre la administración en exclusiva. Ni una mayor cualificación, pues ambos litigantes son funcionarios públicos con cualificación sobrada...”*

La SAP Castellón, sec. 2ª, 23.10.2006, en aplicación de la regulación contenida en el Código Civil, confirma la resolución recurrida, en la cual se establece la custodia compartida de su hijo menor, debido a que la parte apelante alega infracción del 92.7 del CC, el cual hace referencia a la no procedencia de la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal que se haya iniciado por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta indicios fundados de violencia doméstica, ante tal pretensión se pronunció el JPI argumentando que se trataba de una falta, y ante la levedad de los hechos, demostrados en la documental, *“no permite hablar de violencia de género, y se contradice con la relación correcta que han mantenido los cónyuges entre sí hasta el cese de convivencia, y con la óptima relación que ambos mantienen con su hijo.”*

Existía informe favorable del Ministerio Fiscal al establecimiento de la custodia compartida, así como también informe pericial favorable a la custodia compartida refiriéndose la Sala al hecho de que *“ambos progenitores están bien capacitados para el desempeño de las funciones parentales y que ambos se han venido ocupado del cuidado de su hijo de forma parecida, compartiendo ambos las tareas inherentes a dicho cuidado.”*

Por último resaltar, la SAP Castellón, sec. 3ª, 20.4.2000, en aplicación del Código Civil, la cual confirma la resolución apelada en la cual se otorga la guarda y custodia de la hija menor al padre, en virtud del principio *“favor filii”*. Así tienen en consideración, el debido al cambio de residencia de la madre a un país extranjero, en

compañía de su actual compañero sentimental, la voluntad expresada de la hija de permanecer en España con su padre, ejerciendo su derecho a ser oída por su madurez y edad suficiente de 12 años, derecho consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño de 1989, que establece la obligación de los Estados Miembros de asegurar al niño o a la niña con capacidad de formar juicio propio su derecho a manifestarse en los casos que le afecte, y la valoración del desarraigo que podría generarse con el cambio de residencia de la menor, resultado de la prueba pericial psicológica practicada, expresando la estabilidad y seguridad que ostenta en el entorno familiar actual.

4 Conclusiones

Las discriminaciones de género se producen en numerosos contextos sociales y distintas realidades jurídicas, las nuevas regulaciones deben permitir eliminar prácticas contrarias a la igualdad de trato entre mujeres y hombres. La sociedad está en continua evolución con distintas tendencias, pero la Ley debe marcar el punto intermedio donde la igualdad sea el valor no modificable ni cambiante.

Tradicionalmente, la sociedad patriarcal imponía una asignación de roles a las mujeres y los hombres basados en la diferencia y en el poder. El género, como construcción cultural y categoría variable donde cualquier circunstancia o contexto puede otorgar un significado distinto, junto con los continuos cambios de modelos familiares y de pareja puede contribuir a eliminar las desigualdades que la sociedad ha impuesto a las mujeres y a los hombres.

Desde esta perspectiva de género, hemos intentado con este trabajo de investigación, exponer brevemente la realidad social y jurídica que presenta España y concretamente la Comunidad Valenciana cuando las parejas dejan de convivir o no conviven teniendo descendencia.

Una vez analizadas las distintas regulaciones en materia de separación y divorcio, y guarda y custodia de menores, tanto en el Código Civil como en la regulación específica de distintas Comunidades Autónomas, llegamos a la conclusión de que es necesario incluir la perspectiva de género en el lenguaje jurídico. Concretamente procedería realizar una revisión en la legislación civil común y autonómica, así como, realizar una revisión, sustitución y unificación de conceptos jurídicos que definen las mismas realidades pero reciben distintas nomenclaturas, puesto que en el estado actual de las cosas tan solo se contribuye a la creación de confusión y contradicción en la ordenación jurídica.

La principal novedad de la Ley 5/2011 puede contribuir a que la vida de mujeres y hombres de un giro en su entorno de actuación, derechos y obligaciones en el ámbito familiar, posibilitando una reasignación de roles entre las ciudadanas y ciudadanos valencianos dentro de una igualdad efectiva y corresponsabilidad entre los progenitores. Se busca transformar las relaciones de género dentro del ámbito familiar,

ya que la Ley 5/2011, utiliza un lenguaje jurídico igualitario, englobando los distintos modelos familiares que existen actualmente en la Comunidad Valencia y que tienen descendencia, estableciendo una normativa en la que las obligaciones y cargas familiares se reparte entre los progenitores de forma equitativa, donde siempre prima el interés superior del menor.

Se establece el carácter preferente de la custodia compartida, partiendo del supuesto del reparto paritario de los deberes familiares con los hijos e hijas por ambos progenitores cuando las relaciones entre los mismos se rompen, porque los menores siguen siendo hijos e hijas de ambos, por lo que debe tomarse como partida un régimen jurídico de resolución de estos conflictos fundamentado en la igualdad entre la mujer y el hombre, que no otorgue privilegios por el mero hecho de ser hombre o mujer. Además posibilita que los hijos e hijas menores puedan disfrutar de las relaciones paterno-filiales con ambos progenitores. Incluso para el caso que pueda afectarse el desarrollo del menor por causa de alguno de los progenitores, la autoridad judicial se reserva la facultad de decisión según las características propias del supuesto y en atención a este interés.

Por todo lo anterior, y pese a las dudas sembradas acerca de la constitucionalidad de la norma, valoramos positivamente el paso dado por el legislador valenciano, no sólo por establecer una norma pensada para favorecer la custodia compartida de los menores, sino porque también ha introducido los ansiados sesgos de género.

5 Bibliografía:

ALASCIO, L. e I. MARÍN (2007): “*Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo*”, InDret, Revista para el análisis del derecho, enero, Barcelona.

ALASCIO, L. e I. MARÍN (2007): “*Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC*”. InDret, Revista para el análisis del derecho, julio, Barcelona.

ALASCIO, L. (2011): “*La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)*”. InDret, Revista para el análisis del derecho, abril, Barcelona

ÁLVAREZ, S. (2010): “*Título Preliminar De las normas jurídicas su aplicación y eficacia*”, en DOMINGUEZ-LUELMO, A. “*Comentarios al Código Civil*”. Lex Nova, Valladolid.

AMORIZA, M. (2011): “*Ley en vigor*”, el Periódico Mediterráneo, 18 de diciembre, 2-3.

AMORIZA, M. (2011): “*Quiero ver crecer a mi hija*”, el Periódico Mediterráneo, 18 de diciembre, 1-2.

APARICIO, M.A. (1980): “*Instituciones políticas y Derecho Constitucional*”, con un estudio sobre el régimen político y la Constitución Española de 1978. Colección Demos, editorial Ariel, 6ª edición, septiembre.

BERCOVITZ, R. (2001): “*Comentarios al Código Civil*”. Aranzadi, Navarra.

CUENCA, B. (2010): “*El marco jurídico de las uniones de hecho en España*”. Noticias jurídicas, octubre.

CAMARERO, V. (1997): “*Derecho y conflictividad matrimonial*”, datos básicos para una sociología jurídica de la provincia de Castellón. Servicios de publicaciones de la Diputación de Castellón.

CAMARERO, V. (2005): “*Las Uniones no Matrimoniales en el Derecho Español y comparado*”. Tirant, monografías 336, Valencia.

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (2012): "*Sistema de Derecho Civil*", Volumen IV (tomo I). Derecho de Familia. Tecnos, Madrid.

GARCÍA RUBIO, M. Y FERNÁNDEZ-GALIANO, A. (1989): "Nociones Jurídicas básicas". Universidad Nacional de Educación a distancia. Madrid.

GARCÍA RUBIO, M.P. y OTERO CRESPO, M. (2006): "*Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la ley 15/2005*", revista jurídica de Castilla y León, Nº 8. Febrero. 69-105.

GARCÍA RUBIO, M.P. (2007): "*Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica*". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº 10, "Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad". Dialnet.

GARRIGA, M. (2008): "*El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta*". InDret, revista jurídica para el análisis del derecho, Barcelona, julio.

GETE-ALONSO, M.C. y otros (2004): "*Manuales básicos*" Derecho de Familia. Cálamo, Barcelona.

GETE-ALONSO, M.C. (2011): "*Feminización: términos, valores y conceptos jurídicos*" (las reformas pendientes: datos para una discusión), en GARCÍA, M.P., "*El levantamiento del velo, las mujeres en el Derecho Privado*". Tirant lo Blanch.

GONZALEZ, J. y otros (2009): "*Código Civil*", comentarios, jurisprudencia, concordancias, referencias legales actualizadas. Colex, 17ª edición.

GUILARTE, C. (2008): "*La custodia compartida alternativa*", un estudio doctrinal y jurisprudencial. Facultad de derecho, universidad de Valladolid, InDret, revista jurídica para el análisis del derecho, Barcelona, abril.

GUILARTE, C. (2010): "*Criterios de atribución de la custodia compartida*", A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 2009. InDret, revista jurídica para el análisis del derecho, Barcelona, julio.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M. (2011): “*Diversidad, Feminismo y principio de igualdad*”, en GARCÍA, M.P., “*El levantamiento del velo, las mujeres en el Derecho Privado*”. Tirant lo Blanch.

PAPÍ, N. (2005): “*La conciliación de la vida laboral y familiar como proyecto de calidad de vida desde la igualdad*”. Res nº 5 pp. 91-107. Artículo inserto en dos proyectos subvencionados por el Instituto de la Mujer, “El género en el desarrollo socioeconómico. Los perfiles laborales y la calidad de vida: Un estudio dinámico”. BOE 15/02/2001, directora M^a José Frau Llinares y “La mujer en la empresa publicitaria. Políticas de conciliación de la vida familiar y laboral. En torno al techo de cristal.” BOE 30/01/2004, directora del proyecto Marta Martín Llaguno.

PINTO, C. (2008): “*Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho (I)*”. Noticias Jurídicas, enero.

RAMÍREZ, S. (2009): “*Pautas de crianza: Menores con medidas judiciales y menores en situación de riesgo*”, en en ARMAS, M. Y PANCHÓN. C., “*Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social*”. Noviembre, volumen nº 2, Barcelona.

ROMERO, F. (2009): “*Coparentalidad y género*”, en ARMAS, M. Y PANCHÓN. C., “*Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social*”. Noviembre, volumen nº 2, Barcelona.

RIVERO, F. (2009): “*El interés del menor*”. Dykinson. Madrid.

SCOTT, J. (1996): “*Only Paradoxes to Offer. French Feminist and the Rights of Man*”. Massachusetts, Harvard U. P.

SÁNCHEZ, R. (1993): “*Estudio sobre el Estatuto Valenciano*” Tomo IV, Derechos constitucionales y sistemas de relaciones. Generalitat Valenciana, Consell Valencià de cultura, Valencia.

SOLÉ, J. E YSÁS M. (2011): “*Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo*”, en GARCÍA, M.P., “*El levantamiento del velo, las mujeres en el Derecho Privado*”. Tirant lo Blanch.

TAMAYO, S. (2011): “*La Posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia*”, en GARCÍA, M.P., “*El levantamiento del velo, las mujeres en el Derecho Privado*”. Tirant lo Blanch.

TORRES, J.M. (2011): “*Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social*”, revista para el análisis del derecho, Indret, Barcelona, Octubre.

VÁZQUEZ, L. (2011): “*La discriminación en el ejercicio de la Patria Potestad*”, en GARCÍA, M.P., “*El levantamiento del velo, las mujeres en el Derecho Privado*”. Tirant lo Blanch.

VIÑAS, D. (2012): “*Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda*”. Magistrada, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª. InDret, Revista para el análisis del derecho. Julio.

6 Legislación:

Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja. BOR núm. 62, de 21 de mayo de 2010.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, con el título de *Código del Derecho Foral de Aragón*. BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

Ley 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía Valenciano. BOE núm.86, de 11 de abril, de 2006. DOGV-núm. 5238, de 11 de abril de 2006.

Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. DOGV-núm. 3.978.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, BOE núm. 163, 9 de julio de 2005.

Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007.

Ley 40/2007, de 4 de septiembre, de medidas en materia de Seguridad Social. BOE nº 291, de 5 de diciembre de 2007.

Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y adolescencia de la Comunitat Valenciana. BOE, núm. 200, de 19 de agosto de 2008.

Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. BOE núm. 151, de 22 de junio de 2010.

Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. BOE núm.87, de 12 de abril de 2011.

Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html

7 Tabla de jurisprudencia:

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 8.10.2009	Id Cendoj: 28079110012009100624	Encarnación Rocas Trias
STS, 1ª, 1.10.2010	-	Encarnación Rocas Trias
STS, 1ª, 1, 11.3.2010	Id Cendoj: 28079110012010100108	Encarnación Rocas Trias
STS, 1ª, 7.7.2011	Id Cendoj: 28079110012011100445	Encarnación Rocas Trias
STS, 1ª, 27.4.2012	Id Cendoj: 28079110012012100278	Encarnación Rocas Trias
STS, 1ª, 21.5.2012	Id Cendoj: 28079110012012100294	Encarnación Rocas Trias
STS, 1ª, 25.5.2012	Id Cendoj: 28079110012012100332	Encarnación Rocas Trias

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP, Castellón, sec. 3ª, 20.4.2000	-	José Manuel Marco Cos
SAP, Castellón, sec.3ª, 10.4.2003	AC 2003/846	José Manuel Marco Cos
SAP, Castellón, sec. 2ª, 23.10.2006	-	Pedro Javier Altares Medina
SAP, Valencia, sec. 10ª, 21.2.2011	JUR 2011/76122	José Enrique de Motta García-España
SAP, La Coruña, sec. 4ª, 5.4.2011	EDJ 2011/70279	Antonio Miguel Fernández- Montells y Fernández
SAP, Tarragona, sec. 1ª, 3.5.2011	EDJ 2011/336368	Manuel Díaz Muyor
SAP, Jaén, sec. 3ª,	EDJ 2011/339515	Saturnino Regidor Martínez

9.12.2011

SAP, Valencia, sec. 10ª,

JUR 2012/77157

María José Reyes López

4.1.2012

SAP, Zaragoza, sec. 2ª,

EDJ 2012/57447

Julián Carlos, Arqué Bescós

30.3.2012

Juzgados de Primera Instancia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SJPI, Madrid, núm.28, 19.07.2007	Vlex-30508731	Emilia Marta Sánchez Alonso
SJPI, Palma de Mallorca, núm. 20, 22.1.2010	La Ley 2103/2010	Julio Álvarez Merino
SJPI, Sevilla, núm. 7, 8.4.2010	La Ley 14602/2011	Francisco de Asís Serrano Castro

