



*FISCALIA
DE LA COMUNITAT VALENCIANA*

NOTA DE SERVICIO 1/2011

COMUNITAT VALENCIANA

LA LEY 5/2011, de 1 de abril, DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN (Régimen de convivencia compartida) -BOE 25/04/2011-

I

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia, de la publicación y entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de forma casi unánime, los fiscales encargados del despacho de estas materias reclaman unas directrices comunes para la resolución de las complejas e innovadoras cuestiones que de su aplicación se derivan, todo ello con el fin de evitar que se produzcan dictámenes contradictorios en el seno del Ministerio Fiscal, y especialmente entre los fiscales pertenecientes a esta Fiscalía Superior, evitándose de este modo una disparidad de criterios con las indeseables consecuencias que de tal manera de actuar se derivan, creándose una apariencia de ausencia de criterio ante supuestos aparentemente iguales, que traslada al destinatario de la tutela judicial efectiva una sensación de desprotección alejada de la que se pretende con la intervención del MF.

Pocos fenómenos legislativos, en el ámbito autonómico de una Fiscalía Superior, pueden justificar mejor la necesidad de redactar una Nota de Servicio, máxime cuando el rango legislativo y objeto de la Ley 5/2001, determina que el recurso de casación que en su día se interponga corresponda su conocimiento a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

De este modo, con base a lo establecido en el art. 22.6 del EOMF, por el Fiscal Superior de la Comunitat Valenciana se ha acordado que, bajo su coordinación y dirección, por el Teniente Fiscal de la Fiscalía Superior, Gonzalo A. López Ebri, se proceda a la redacción de la presente Nota de Servicio con la finalidad de resolver la cuestión planteada y facilitar la labor de los fiscales encargados del despacho de estas materias en la Comunidad Valenciana.

Es de destacar que la presente Nota de Servicio tiene como única y exclusiva finalidad la de contribuir a una aplicación eficaz de la Ley 5/2011, al margen de cualesquiera otras consideraciones referidas a las competencias de la Generalitat Valenciana para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral valenciano, consideraciones que exceden el marco de lo que aquí se pretende al tratarse de una Ley en vigor.

II

LAS DISTINTAS MODALIDADES O RÉGIMENES DE CONVIVENCIA

La Ley 5/2011, se preocupa de dar el concepto legal de los distintos regimenes de convivencia que regula, siendo éstos los siguientes: a) El régimen de convivencia compartida; b) El régimen de convivencia individual; c) El régimen de relaciones; y d) El pacto de convivencia.

a) Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.

b) 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.

c) Por régimen de relaciones 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.

d) 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.

III

ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. La vecindad civil de los hijos determinante del ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación viene contemplado en el art. 2 de la Ley diciendo:

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

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

De la dicción literal del precepto se desprende que el ámbito de aplicación de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, viene determinado por la vecindad civil valenciana de los hijos, conclusión avalada por la interpretación auténtica que realiza el legislador en el Preámbulo cuando dice *“Su ámbito de aplicación viene determinado por el criterio de la vecindad civil valenciana de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores”*.

Esta disposición normativa concuerda y traslada el mandato imperativo de derecho internacional privado de *favor filii*, contenido en el art. 9.4 CC por el que *“El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta se estará a la de la residencia habitual del hijo”*.

Consecuencia ineludible es que la primera cuestión a determinar sea la vecindad civil valenciana de los hijos, lo que significa, que a tenor de lo dispuesto en el art. 770 LEC regla 1ª, juntamente con los documentos que allí se exigen, los progenitores en las demandas que formulen al amparo de la Ley 5/2011 deberán acreditar la vecindad civil valenciana de sus hijos.

Extremo éste que igualmente será exigible su acreditación cuando el procedimiento sea el contemplado en el art. 777 LEC.

2. Formas de adquirir vecindad

El Código Civil otorga carácter prioritario al ius sanguinis, y subsidiario al ius soli (también para caso de duda), acudiendo *«en último término» a la vecindad de derecho común*, como criterio subsidiario de segundo grado (art. 14.2 y 3 CC).

A) Adquisición originaria por filiación («ius sanguinis») y por lugar de nacimiento («ius soli»)

Filiación natural y adoptiva: 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. El adoptado no emancipado adquiere la vecindad de los adoptantes (art. 14.2 CC).

Teniendo los padres distinta vecindad, el hijo natural o adoptivo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes... (art. 14.3 CC)

«En su defecto» (incluye a progenitores desconocidos), y «en caso de duda», tendrá la del lugar de nacimiento (art. 14.3 y 14.6 CC).

B) Adquisición derivativa por residencia (art. 14.5 CC)

Residencia continuada de dos años, si el interesado manifiesta en el Registro Civil ser esa su voluntad, y de diez años, sin declaración contraria.

C) Adquisición derivativa por opción

1. Los padres, o el que ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en los seis meses siguientes al nacimiento o adopción (art. 14.3 pº 2º CC).

2. El hijo, desde los 14 años y hasta un año después de su emancipación podrá optar por la vecindad del lugar de nacimiento, o por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no está emancipado, habrá de ser asistido por representante legal (art. 14.3 pº 4º CC).

3. El extranjero que adquiera la nacionalidad española debe optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de estas vecindades: la del lugar de residencia, la del lugar de nacimiento, la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes, o la del cónyuge. Si la adquiere por carta de naturaleza tendrá la que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta su opción, u otras circunstancias que concurran en el peticionario.

4. Cualquier cónyuge no separado, legalmente o de hecho, puede en todo momento optar por la vecindad civil del otro (art. 14.4 CC).

D) Conservación de la vecindad

La vecindad civil de los hijos no se ve afectada por cambiar de vecindad los padres o por privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad; la extinción de la adopción tampoco provoca la pérdida de la vecindad adquirida, ni el matrimonio altera la vecindad civil (arts. 14.3, 180.3 y 14.4 CC).

E) Recuperación de vecindad

La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de la vecindad civil que el interesado ostentaba al perderla (art. 15.3 CC).

3. La acreditación de la vecindad civil de los hijos

La primera premisa de la que debemos partir es la de que la vecindad forma parte del estado civil de las personas, y por lo tanto debe inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento (arts. 1 y 46 LRC, y 326 CC). De donde se desprende que habrá que recurrir a la certificación de esa inscripción cuando por el modo de adquisición de la vecindad así proceda.

Es decir, procederá en todo caso la certificación del Registro Civil en la adquisición derivativa por residencia, en la adquisición derivativa por opción y en los supuestos de recuperación.

En los supuestos de adquisición originaria por *ius sanguinis* se acreditará la vecindad civil mediante la certificación de nacimiento de los hijos en relación con la certificación de nacimiento de los padres.

Finalmente, en los «en su defecto» y «en caso de duda», tendrán la vecindad civil del lugar de nacimiento que se acreditará mediante la certificación del Registro Civil.

De donde se concluye que por el Ministerio Fiscal se deberá requerir en sus escritos de contestación a la demanda la acreditación de la vecindad civil valenciana como cuestión previa a la aplicación de la Ley 5/2011.

Cuando no sea posible acreditar la vecindad civil a través de la certificación del Registro Civil serán admisibles todos los medios de prueba que conduzcan racionalmente a su acreditación –certificados de empadronamiento, del INE etc-, cuestión ésta que será de incumbencia de las los progenitores al corresponderles a ellos su acreditación a través de una interpretación integradora del art. 770 LEC.

IV

OBJETO

El art. 1 de la Ley se refiere al objeto de la misma.

Artículo 1. Objeto

"La presente ley tiene por objeto regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas comunes sujetos a su autoridad parental, y las de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas."

Se refiere, por tanto, a la convivencia padres-hijos e hijos-resto de familiares o parientes; nada se dice de la convivencia entre los progenitores. En realidad, a efectos de la Ley, la cuestión es determinar el régimen de los padres respecto de sus hijos, con independencia de la causa por la que no conviven o simplemente no han convivido nunca.

De este primer artículo se desprende la corta extensión de la Ley Valenciana, ya que solo tiene por objeto regular las relaciones de los padres con los hijos, excluyendo todo lo relativo a los derechos y deberes de los ex cónyuges, ex miembros de la pareja, en definitiva, entre los progenitores del menor, dejando a salvo las consecuencias de la atribución del uso de la vivienda.

Así, no se regula ni se hace referencia en la Ley, a la pensión compensatoria a la que pudiera tener derecho uno de los progenitores, ni a su devengo, forma de pago o extinción, pero por el contrario sí que lo hace cuando de la vivienda se familiar se trata y es privativa o común de los progenitores.

Esto diferencia sustancialmente la Ley valenciana de las leyes aragonesa y catalana, puesto que si bien todas estas leyes son más amplias y extensas, todas contienen una regulación detallada de la pensión compensatoria. En el caso de la Comunidad Valenciana, se deberá acudir a las reglas que para el convenio regulador establecen los artículos 90 y 96 del Código Civil.

De igual modo, y por las mismas razones, nada dice la Ley. 5/2011 sobre las cargas matrimoniales y la liquidación del régimen económico matrimonial.

Todas estas materias, a tenor de lo dispuesto en la disposición final segunda, al ser materias no reguladas ni previstas en la Ley 5/2011, se estará a lo dispuesto en el CC y LEC.

V

LAS MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS Y COETÁNEAS

La ley 5/2011, ninguna mención realiza al régimen de las medidas provisionales, previas o coetáneas a la presentación a la demanda, así como a los efectos de su presentación en los términos contemplados en el art. 102 CC (cese de la presunción de convivencia legal, revocación de los consentimientos y poderes, etc). Dado que todo el articulado de la Ley se refiere a medidas de carácter definitivo, la misma no será de aplicación para las medidas provisionales (sean previas o coetáneas a la demanda), cuyo contenido será el regulado en el Código Civil (artículos 102 y 103), dado el carácter supletorio del referido cuerpo legal (Disposición Final Segunda de la Ley).

VI

EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO EN DEFECTO DE PACTO

En los supuestos de inexistencia de pacto de convivencia familiar, en terminología de la Ley *“a falta de pacto”* o *“en defecto de pacto”*, procede determinar las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven por los trámites del procedimiento contencioso siguiendo las prescripciones contenidas en los arts. 5 (Medidas Judiciales), art. 6 (Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar) y art.7 (Gastos de atención a los hijos e hijas).

Así, partiendo de que el procedimiento aplicable es el general previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, las principales cuestiones que plantea su aplicación, por lo que al proceso contencioso se refiere son:

1. Legitimación

A) Los progenitores

La legitimación activa, la ostentarán aquellos que tienen la capacidad jurídica para poder realizar el pacto de convivencia, los progenitores. En este sentido, a tenor de lo dispuesto en el art. 3 Ley 5/2011, *“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”*.

B) Los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados

Si bien resulta obvio que parte interesada son los progenitores al ser estos los intervinientes en la confección del pacto convivencia en cualesquiera de las modalidades arriba referidas, no son éstos los únicos a los que la Ley 5/2011 les otorga intereses legítimos para ejercer sus derechos, así en su art. 4.2 letra b) señala la obligación de señalar el régimen mínimo de relación de los hijos con los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados, **sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación.**

De este modo corresponde determinar si son éstos -los hijos, los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados- también parte legitimada para ejercer su pretensión por los cauces de esta Ley.

En el derecho aragonés se establece que cuando el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el juez ha de darles audiencia antes de aprobar el pacto (art. 77.6 CDFA). En la Ley valenciana no se hace esta precisión, pero se establece que el régimen mínimo de relación del menor con ellos lo es ***“sin perjuicio del derecho de estos”***.

Esta expresión se puede y debe interpretar en el sentido de que no les vincula el pacto a que hayan llegado los padres y que los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados son extraños al proceso. En consecuencia, no se les puede imponer ni el ejercicio de derechos (relacionarse con el menor) ni la asunción de obligaciones (deberes de cuidado y protección del menor cuando los tengan en su compañía).

Planteada así la cuestión, procede resolver si aun habiendo acuerdo entre los progenitores, ¿pueden aquellos solicitar que se modifiquen las medidas establecidas en relación a ellos?. Entendemos que sí, y ello no sólo por la dicción literal del mencionado precepto sino, además, porque tratándose, por ejemplo, de abuelos, ellos también lo podrán solicitar al amparo de la Ley 42/2003, de 21 de Noviembre, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

En este sentido tres son los supuestos en los que se puede producir esa intervención procesal:

- a) Que exista una resolución judicial que las establezca y no estén de acuerdo con la resolución.
- b) Que se pretenda la modificación o extinción de las medidas judiciales por alteración sobrevenida de las circunstancias.

- c) Que no exista resolución alguna que las establezca y ni procedimiento pendiente para su instauración.

Partiendo de los supuestos arriba enumerados, procede determinar el cauce procesal al que deberán acudir los hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas para ejercer sus derechos, entendemos que la pretensión se planteará mediante la presentación de la correspondiente demanda en procedimiento distinto a aquel en el que se establecieron y por los trámites del juicio verbal, (art. 250.1.13º LEC).

El procedimiento será distinto ya que, de un lado, al no ser los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados parte en el procedimiento principal no podrían interponer recurso alguno contra la resolución por la que se establezca el pacto de convivencia regulador del régimen de relación entre ellos, y de otro, la inadmisibilidad de la acumulación subjetiva de acciones en los procedimientos relativos al estado civil de las personas y a la regulación de las relaciones que del mismo se derivan.

2.- Inadmisibilidad de la acumulación subjetiva en los supuestos del ejercicio de la acción de los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados, prevista en art. 4.2 letra b) de la Ley 5/2011

Se da la acumulación subjetiva, cuando un actor ejercita varias pretensiones frente a varios demandados (acumulación pasiva), o bien varios demandantes ejercitan varias pretensiones frente a un único demandado (acumulación activa) o bien varios demandantes interponen varias pretensiones frente a varios demandados (acumulación mixta), iniciándose en todo caso tantos procesos como pretensiones que se sustanciarán en un único procedimiento y se resolverán en una única sentencia. A este tipo de acumulación se refiere el art. 72 cuando dice que «podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos, o varios contra uno».

Esta acumulación se conoce tradicionalmente con el nombre de litisconsorcio voluntario, simple o facultativo (y a él se refiere también el art. 12.1 LEC), denominación que adolece de una clara incorrección, ya que no existe ni litigio único (hay tantos procesos como pretensiones) ni comunidad de suertes entre los litisconsortes (pues al final se dictará una sentencia que contendrá tantos pronunciamientos como pretensiones y cada uno de ellos tendrá su contenido propio).

Estamos, pues, ante un puro fenómeno de acumulación, como se demuestra en la propia LEC que, aunque se refiere al litisconsorcio voluntario en el art. 12.1, tiene que regular el fenómeno de la acumulación, en el art. 72.

Partiendo de lo anterior, hay que decir que entre la pretensión de los progenitores que no conviven para la regulación de las relaciones familiares con sus

hijos e hijas, y la pretensión de los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados, prevista en art. 4.2 letra b) de la Ley 5/2011, no se dan los presupuestos ni subjetivos ni objetivos descritos en el art. 72 LEC, en los términos que exige la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este sentido, el TS en la sentencia de 3 de octubre de 2002, que efectúa una exposición detallada de la doctrina imperante en esta materia, glosando entre otras las SSTs. 3-10-2000 y 10-7-2001, exige para que se de la acumulación subjetiva, la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, no bastando que se busque un arbitrario enlace en el relato fáctico, por lo que si existen dos relaciones jurídicas diferentes basadas en distinta causa no procede la acumulación. Y es evidente que la causa de pedir en el proceso por el que se pretende por los progenitores que no conviven la regulación de las relaciones familiares con sus hijos e hijas, y la pretensión de los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados, prevista en art. 4.2 letra b) de la Ley 5/2011, la extensión y límites son comunicables por personalísimos, y nunca podrá ser la misma.

Y asimismo, tampoco concurre la conexión jurídica, en el sentido que exige el TS en sentencia de 26 de mayo de 1995, al examinar el antiguo art. 156 de la anterior LEC, cuya dicción se ha trasladado al actual art. 72 LEC, al decir: "que resulta exigible una auténtica conexidad jurídica y no una mera homogeneidad y que, aunque en nuestro Derecho prime la teoría de la sustanciación, han de respetarse el principio dispositivo, el derecho de defensa del demandado y las reglas sobre congruencia sin que la "causa petendi" pueda entenderse sólo como un relato histórico de hechos, pues éstos sirven para individualizar, fundamentándola, la pretensión que se actúa.

Con lo que cabe concluir, que aunque el actor se ampare en la legitimación otorgada por el art. 250.1.13º LEC, para la efectividad de los derechos reconocidos en el art. 160 CC y 4.2 letra b) de la Ley 5/2011, el título en que se apoya siempre será distinto, al tratarse de relaciones eminentemente personales; siendo diversa la relación materno-paterno filial mantenida con cada uno de los descendientes o ascendientes, según los casos, o la relación fraternal con cada uno de los hermanos, así como la relación con los abuelos, siendo obvio que también son distintas las causas de pedir, al ser igualmente diferentes las personas afectadas, no obstante su aparente similitud, y que son la base de las acciones deducidas.

Y para terminar, para el caso de admitir la acumulación subjetiva en estos supuestos, podría verse afectada la intimidad de los intervinientes, los cuales, aún cuando sean abuelos, hermanos, hijos o progenitores, tienen derecho a la reserva frente a los otros de las actuaciones que puedan referirse a temas estrictamente personales; encontrándonos ante un tipo de procedimiento en el que expresamente se contempla en el art. 754 L.E.C la exclusión de la

publicidad. Reserva que igualmente se encuentra prevenida y amparada en los arts 138.2 y 140.3 LEC.

3. Jurisdicción, y Competencia

No existe especialidad alguna derivada de la aplicación de la Ley 5/2011.

4. Especialidades procedimentales

De la aplicación de la Ley 5/2011 y del contenido del art. 770 LEC, se desprenden las siguientes especialidades procedimentales, que pasamos a sistematizar:

a) Relativas a la demanda y contestación

A la demanda y contestación deberán acompañarse los siguientes documentos:

- 1.º) Certificación de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, en su caso.
- 2.º) Certificación de nacimiento de los progenitores.
- 3.º) En su caso, certificación de la inscripción del nacimiento de los hijos en el Registro Civil.
- 4.º) Los documentos en que el cónyuge funde su derecho.

Para el caso de que se soliciten medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales. (art. 770 LEC regla 1ª).

5º) Certificación acreditativa de la vecindad civil valenciana de los hijos. (art. 2 Ley 5/2011).

6º) Propuesta de pacto de convivencia familiar a tenor de lo dispuesto en el art.5.3 Ley 5/2011.

b) Relativas a la prueba

1.º) El tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el CC para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados. (art. 770. regla 4ª).

Este precepto deberá ser integrado con los factores que debe tener en cuenta la autoridad judicial antes de fijar el régimen de convivencia a la vista de la propuesta del pacto de convivencia familiar, en los términos exigidos por el art 5.3 letra a) a h) de la Ley 5/2011.

2.º) En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario (art. 770 regla 4ª in fine).

Preceptos éstos que deberán aplicarse integrándolos con lo dispuesto en el art. 5.3 letra c) de la Ley 5/2011, cuando establece, con carácter imperativo *que “Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores:*

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

Disposición ésta que concuerda literalmente con lo establecido en el art. 770. regla 4ª LEC y en el art. 92 CC, por lo que a las condiciones intelectivas y de edad del menor se refiere.

No obstante ello, por lo que a la obligatoriedad de su audiencia se refiere, mientras que la LEC y el CC no la contemplan y le dan un carácter facultativo - *cuando se estime necesario*-, por el contrario la Ley 5/2011 la reclama de manera imperativa antes de la adopción de *“las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos”*. Interpretación ésta acorde con el principio de *favor filii* consagrado en la Ley.

Opinión de los hijos que también deberá ser tomada en cuenta para acreditar *“los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores”*, en los términos prevenidos en el apartado e) del referido artículo.

Aquí hay que tener en cuenta que el art. 9.1 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor establece que *“el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”*; y el art. 9.2 que *“se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio”*.

3º) Informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan

Para el caso de que por la autoridad judicial se acuerde otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores será preciso fundar tal decisión en los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan, en los términos que establece el art. 5.6 de la Ley 5/2011 cuando determina *“La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores”*, en los mismos términos que lo hace el art. 5.3 letra d) de la misma Ley.

c) Relativas al ejercicio de la patria potestad

En defecto de acuerdo entre los cónyuges se estará a lo dispuesto, no sólo en el art. 5 de la Ley 5/2011, sino que no haciéndose referencia en este precepto al ejercicio de la patria potestad para el caso de que se otorgue a uno sólo de los progenitores el régimen de convivencia, también se deberá determinar el ejercicio de la patria potestad en los términos del art. 92.4 CC, habida cuenta que el Código Civil es de aplicación supletoria a tenor de lo dispuesto en la Disposición final segunda de la Ley 5/2011.

d) Relativas a la contribución de cada progenitor a la contribución por alimentos

Se estará a la aplicación integradora de lo dispuesto en los arts. 142 y ss del CC, con lo dispuesto en el art. 5, en relación con lo dispuesto en el art. 4.3 apartado d) ambos de la Ley 5/2011.

e) Relativas a la pensión compensatoria, cargas matrimoniales y liquidación del régimen económico del matrimonio

Todas estas materias, a tenor de lo dispuesto en la disposición final segunda, al ser materias no reguladas ni previstas en la Ley 5/2011, se estará a lo dispuesto en el CC y LEC.

f) Relativas a la privación de la patria potestad

Consecuencia natural de la Ley 5/2011 será que no regule la posibilidad de la privación de la patria potestad, difícilmente podría operar esta consecuencia cuando se trata de conseguir un pacto de convivencia familiar, por lo que se estará a lo dispuesto en el CC y LEC.

De este modo, será de aplicación el régimen general de privación de la patria potestad, tanto en el Orden Civil como Penal.

La regla general que consagra la posibilidad de privación de la patria potestad viene establecida por el Código Civil en el art. 170 *“El padre o la madre pueden ser privados total o parcialmente de su potestad «por sentencia fundada en incumplimiento de los deberes inherentes a ella o dictada en causa criminal o matrimonial». Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”*

En causa matrimonial, «la sentencia de separación, nulidad o divorcio acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello» (art. 92 pº 3º CC y STS 11/9/2000).

En causa criminal procede solo por las causas y casos que las normas del Código Penal prevén como pena la privación de la patria potestad.

Los Tribunales penales no pueden acordar la privación mediante la directa aplicación de las normas de Derecho de familia. *La sanción civil* de privación de patria potestad *por incumplimiento de deberes familiares* corresponde a los órganos del orden jurisdiccional civil (Acuerdo Junta General Sala Penal Tribunal Supremo de 26/5/2000, SSTs 11/9/92 y 11/9/2000).

El Código Penal prevé la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (arts. 39 b. y 46) —que priva de los derechos inherentes a ella— con carácter principal (art. 39 b. y 46) en los delitos contra la libertad sexual (art. 192.2), sustracción de menores (art. 225 bis), abandono de familia (art. 226.2), abandono de menor o incapaz (art. 233.1), mutilación genital, menoscabo psíquico o lesiones, y violencia doméstica (arts. 149, 153, 171 y 173); y con carácter de accesoria («inhabilitación especial de cualquier otro derecho») cuando el ejercicio de la patria potestad tenga relación directa con el delito cometido (art. 56.3).

IV

LA AUDIENCIA DEL MINISTERIO FISCAL

Termina la Ley 5/2011 con la cuestión de la dudosa constitucionalidad del art. 92.8 CC de la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida.

De este modo, el nuevo texto ni en el supuesto de pacto de mutuo acuerdo, ni en el procedimiento contencioso exige otra cosa que la simple audiencia del Ministerio Fiscal.

V

LA COMPENSACIÓN POR PÉRDIDA DEL USO DE LA VIVIENDA

Es de destacar que mientras que la Ley ignora los conceptos de pensión compensatoria y de liquidación de la sociedad conyugal, por el contrario, realiza una regulación pormenorizada -aunque compleja y complicada- del régimen de la vivienda, hasta tal punto esto es así, que a veces llega a trasladar el legislador la idea de que es ésta cuestión la nuclear de la Ley.

Viene regulada la atribución del uso de la vivienda en el art. 6, diciendo:

Artículo 6. Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

“1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es 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 teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal 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. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.

2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso 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 faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste 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.

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, 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.

4. *El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.*

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

6. *Cuando se haya decidido 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”.*

Es de destacar la derogación que la Ley valenciana realiza de un precepto incuestionado en el ámbito del Derecho Privado como es la prohibición de compensación en materia de alimentos en los términos establecidos en el art. 151 CC, de este modo prevé la Ley valenciana que la compensación por la pérdida del uso y disposición de la vivienda familiar a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, pueda ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios, gastos que comprenden los alimentos según la definición legal que de aquellos da la Ley en el art. 3.

Con relación a la compensación por la pérdida de uso de la vivienda a favor del progenitor titular o cotitular no-adjudicatario (artículo 6.1 de la Ley), deberá siempre ser fijada en una cantidad determinada independiente de los gastos ordinarios (aunque tal compensación pueda ser computada total o parcialmente como contribución a dichos gastos); y ello para evitar que cuando cese la atribución de la vivienda –ahora siempre temporal- y, por tanto, cese la compensación, se deba fijar de nuevo la cuantía de los gastos ordinarios.

VI

EL PACTO DE CONVIVENCIA

1. Contenido del pacto de convivencia

El artículo 4.2 establece un contenido mínimo del pacto de convivencia familiar:

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

Es llamativa la sustitución del término “visitas” por el de “relaciones”, es esta una manifestación clara de la nueva voluntad del legislador de que en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, es decir, pretende que el progenitor no custodio no quede reducido a un mero visitante de sus hijos.

En este apartado quedarán incluidos los extremos relativos a las estancias y comunicaciones.

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.

En este apartado, a diferencia de lo que sucede en el art. 90 CC -inciso final-, por el que el convenio regulador sólo ha de incluir el régimen de relaciones con los abuelos “*si las partes lo proponen*”, “*previa audiencia de los abuelos*”, la Ley 5/2011 impone como contenido mínimo del pacto de convivencia familiar la regulación de las relaciones no sólo con los abuelos sino también con los hermanos y con otros parientes y personas allegadas y sin la necesidad de la “*previa audiencia*”, con las consecuencias que más adelante diremos acerca de la legitimación y el procedimiento aplicable.

Ahora bien, por lo que al cumplimiento de este derecho-deber respecta, teniendo en cuenta que tales relaciones suelen darse aprovechando la estancia del menor con el progenitor de la línea correspondiente, materna o paterna, establecer un régimen de relaciones del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas al margen de las que mantenga con el progenitor no custodio -esto es, como un régimen autónomo e independiente- puede resultar materialmente imposible, por falta de tiempo, y contraproducente.

Así, si un sujeto tiene dos hijos de diversas madres, que son por tanto hermanos de vínculo sencillo, y ambos hijos conviven con sus respectivas madres, la solución más sencilla para que se relacionen los hermanos es hacer coincidir las convivencias con su padre.

Ahora bien, si por cualquier razón no es posible que los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados puedan compartir las estancias con el progenitor no custodio para relacionarse con el menor (por ejemplo, por enemistad entre éste y el pariente), tiene sentido que se fije en el pacto de convivencia el régimen mínimo de relación.

En los Pactos de Convivencia Familiar que de mutuo acuerdo presenten las partes, no será causa de oposición al mismo por parte de los Fiscales el que se haya omitido toda mención a lo exigido por el artículo 4.2 letra b) de la Ley

(“régimen mínimo de relación con los hijos e hijas con sus hermanos, hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y allegados...”) sin perjuicio de añadir al informe que se interese a los progenitores el completar el pacto en tal sentido.

De igual modo, no será causa de oposición al pacto de convivencia familiar por parte de los fiscales, cuando de mutuo acuerdo y sin riesgo o controversia previsibles, se establezca un régimen amplio de relación con los hijos e hijas con sus hermanos, hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y allegados, con expresiones tales como “tendrán lugar estas relaciones aprovechando la estancia del menor con el progenitor de la línea correspondiente, materna o paterna”.

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.

A diferencia del CC, que se refiere a la atribución del *uso* de la vivienda y ajuar familiar (art. 90 C), el art. 4.2 c) utiliza el término “destino” de la vivienda y ajuar familiar.

De otra parte, se amplía el concepto de vivienda familiar, que no es sólo aquella que satisfaga la necesidad permanente de vivienda de la familia, sino cualquiera de las que se usen en el ámbito familiar, aunque no satisfagan la mencionada necesidad con carácter permanente: evidentemente las segundas residencias, respecto de las que también han de pactar los progenitores, cualquiera que sea su titularidad.

En su consecuencia, se deberá determinar el destino de uso de estas viviendas pero con la salvedad prevista en el art. 6.4 de la Ley cuando regula las “*viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias*”, debiéndose entender las viviendas de temporada (Casa de playa o montaña con principal destino de ocio o veraneo), sobre las que no habrá pronunciamiento sobre atribución ni compensación de las mismas.

d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

Así como el art. 90 D) CC menciona la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, con referencia a sus bases de actualización y garantías, el art. 4.2 d) se limita a hablar de los “gastos”. Este término, más genérico que los que utiliza el CC, ha de incluir tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios, pues el artículo 7 de la Ley se refiere a estos últimos a efectos de que el juez decida si no hubo acuerdo de los progenitores al respecto.

En este sentido se tendrá especial cuidado acerca de que en los pactos de convivencia se establezcan no sólo los gastos ordinarios sino también los extraordinarios.

Aunque no se mencionen en la Ley, los progenitores pueden pactar las bases de actualización y las garantías de las cantidades que han de servir para satisfacer las necesidades ordinarias y extraordinarias de los hijos.

Como ya se ha dicho, el art. 4.2 de la Ley valenciana no incluye entre el contenido mínimo del pacto de convivencia familiar, ni la pensión compensatoria ni la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 90 E) CC. Y es que el pacto de convivencia familiar sólo tiene por objeto regular las relaciones entre los progenitores que no conviven y sus hijos, no las de aquéllos entre sí.

Por las mismas razones tampoco se incluyen las cargas del matrimonio.

2. El pacto de oposición de ambos progenitores al régimen de convivencia compartida

Por razones que parecen obvias, la norma no contempla el supuesto en que ambos progenitores se opongan al régimen de convivencia compartida, el problema consiste en determinar si éste pacto es susceptible de incardinarse en la Ley 5/2011 y para el supuesto de que lo sea, si vincula al Juez.

Entendemos que del Preámbulo y contenido de la Ley 5/2011, su régimen jurídico innovador lo es por entender que el régimen de convivencia compartida, salvo excepciones, es el que tiene mejor encaje en la nueva situación familiar, es decir, es ésta la última *ratio* del precepto, por lo que cuando la voluntad de los progenitores sea la de una abierta oposición pactada a su aplicación pudiera pensarse que no será posible su imposición por la autoridad judicial.

Esta conclusión, a nuestro entender, no es la adecuada, pues si bien a simple vista parece corroborarla la propia Ley *-in expressis terminis-* cuando al hablar en el art. 5.2 de las medidas judiciales en defecto de pacto establece el requisito de que al menos uno de los progenitores esté a favor del régimen de convivencia compartida, diciendo: *“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”*, tal manera de proceder podría provocar un fraude de Ley impidiendo al Juez adoptar el régimen de convivencia que resultare más beneficioso para los hijos quedando éstos a expensas del pacto intocable de sus progenitores sin control judicial alguno y obviando el superior interés del menor.

Asimismo, tal manera de proceder sería una violación grave del principio de indisponibilidad de las normas procesales.

A mayor abundamiento, piénsese que ni siquiera el pacto convivencial de contenido positivo y carácter total (es decir, que se refiera a todo el contenido

mínimo del art. 4) vincula al juez pues dicho pacto debe ser aprobado por éste, oído el Ministerio Fiscal (art. 4-4), de manera que el juez no aprobará cuanto considere perjudicial para el menor o cuanto vulnere el interés del menor.

En definitiva, partiendo de la idea de que la norma no prohíbe un contenido meramente negativo del pacto, dicho acuerdo no vincularía al juez, el cual podrá ordenar un régimen convivencial compartido aunque los progenitores hayan pactado que la guarda y custodia no será compartida. En este mismo sentido y, a pesar del carácter preferente de la guarda y custodia compartida, aun siendo ésta acordada por los progenitores, deberemos entender que el juez no lo aprobará si considera que se trata de una medida que vulnera el interés del menor.

Ello no obsta para que la oposición de ambos progenitores al régimen de convivencia compartida pueda ser lo suficientemente indicativa de que su imposición por el Juez sea contraria a la protección del superior interés de los hijos.

Aunque para finalizar pudiera pensarse, superando la interpretación teórica arriba expuesta, que la oposición de ambos progenitores al régimen de convivencia compartida, con base a lo dispuesto en el art 92.8 CC -que exige la solicitud de una de las partes-, pudiera provocar la imposibilidad de que el Juez la acuerde, interpretación ésta que concuerda con la imposibilidad de que el Juez pueda actuar de oficio.

VII

LAS PROHIBICIONES DE ATRIBUCIÓN DE CONVIVENCIA (VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA)

1. La prohibición de atribución del régimen de convivencia individual y compartida

Dispone el art. 5.6 de la Ley 5/2011;

“Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de alegaciones de las

partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

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

Dos son las posibles interpretaciones, por lo que a la prohibición del régimen de convivencia se refiere, una primera que consiste en entender que el precepto lo que está excluyendo es el régimen de convivencia compartida en los supuestos que contempla, y otra, que también se incluye y extiende la prohibición al régimen de convivencia individual.

La lectura del precepto nos lleva a concluir que contiene una única prohibición, la de atribución de la convivencia con el menor a uno de los progenitores incurso en una causa penal de las contenidas en el precepto, lo que significa que, obviamente, tampoco cabrá la convivencia compartida, es decir, lo que está prohibiéndose por el precepto no es la convivencia compartida sino la individual, lo que provoca que por lógica consecuencia no habrá que plantearse la posibilidad de que pueda darse la compartida.

En este sentido, es de destacar que en la Ley la exclusión del régimen de convivencia lo relaciona o condiciona a que “...siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas...”.

2. La existencia de un riesgo objetivo para los hijos o hijas o para el otro progenitor

Dispone el art. 5.6 de la Ley: “siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer un riesgo objetivo para los hijos o hijas o para el otro progenitor”.

El concepto de “Riesgo objetivo”, si bien podría ser equivalente a la “situación objetiva de riesgo” a que se refiere el art. 544 ter de la Lecrim al regular la orden de protección, entendemos que es un concepto más amplio y perteneciente al ámbito de su acreditación objetiva e individual en cada supuesto, sin hacer coincidir la idea de riesgo con la existencia de orden de protección, aunque -sensu contrario- la existencia de una orden de protección será indiciaria de una situación de riesgo objetivo.

Partiendo de la *conditio iuris* de la existencia de un riesgo objetivo para los hijos e hijas, dos son los supuestos que la Ley contempla como causas de prohibición de la atribución del régimen de convivencia individual y compartida:

A) “Cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas”

Por “**proceso penal**” se debe entender todos los que existen en nuestra legislación procesal de ese ámbito: a) El procedimiento ordinario; b) el procedimiento abreviado; c) la instrucción y enjuiciamiento rápido de determinados delitos; d) el procedimiento ante el tribunal del Jurado; y d) el juicio de faltas, que también es un proceso penal.

Pudiera pensarse que las faltas no quedan incluidas en el precepto, ya que en esta clase de delitos (violencia doméstica y/o de género) quedan reducidas al art. 620.2º del Código Penal y hay que encuadrarlas con las rúbricas del art.5.6 de la Ley (**por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual**), pero al ser las injurias y vejaciones -caso de violencia de género- las únicas faltas subsistentes, pues las amenazas y coacciones son delitos, quedarían encuadradas dentro de las rúbricas “contra la integridad moral” (por considerarlas trato degradante menor) y “contra la libertad” (la vejación en ocasiones es una coacción de segundo grado).

B) “y que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad...”

Por “**resolución motivada**” se entiende aquella que no produce indefensión, por lo que la expresión “*en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad*”, no debe llevar a inducir a error en el sentido de que haya de precisarse una resolución equivalente al auto de procesamiento del procedimiento ordinario del art.384 Lecrim.

En este sentido es de destacar la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo Sala 2ª, STS 2-7-1999, nº 1088/1999, rec. 1773/1998. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido, por la que desestima el recurso y rechaza la alegada insuficiencia de motivación del Auto de transformación en procedimiento abreviado., diciendo “*El Instructor acuerda la conclusión de las dilig. previas en función de los hechos objeto de imputación, que deben ser perfectamente conocidos por el imputado sin que ello le ocasione indefensión. El Auto tiene una triple función: a) concluye provisionalmente la instrucción de dilig. previas b) acuerda continuar el trámite a través del proc. abreviado c) ordena el traslado a las partes acusadoras para que determinen si solicitan el sobreseimiento, formulan acusación o interesan alguna diligencia complementaria. No puede configurarse como una calificación acusatoria anticipada ni como un Auto de procesamiento, inexistente en el procedimiento abreviado por decisión del legislador y que no cabe resucitar por vías indirectas*”.

Doctrina que se plasmó en la importante reforma operada en la Lecrim por LO 38/2002, de 24 de octubre, así, el actual art.779.4ª de la Lecrim sólo exige

que el auto de transformación en procedimiento abreviado recoja la identificación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, sin necesidad de más motivación, lo que nos lleva a concluir que el art. 5.6 de la Ley, por “resolución motivada” está pensando no sólo en el auto de procesamiento del procedimiento ordinario, sino también en el del procedimiento abreviado.

Llegados a este punto, es obvio que las sentencias condenatorias, no sólo por delito sino también por falta, desde el momento en que no sólo identifican los hechos por los que se condena a persona determinada sino que además, en los fundamentos de derecho, se motiva y explican las razones que han llevado al Juzgador a dictar la referida sentencia condenatoria, colman sobradamente el concepto de resolución motivada, y por tanto en esos casos quedaría también vetada la atribución compartida del régimen de convivencia.

Cabe plantearse si están incluidos los autos de incoación de diligencias previas y los autos de incoación de juicio de faltas, entendiendo que la respuesta debe ser positiva en ambos casos: en el caso de las faltas, el concepto de resolución motivada es el de aquella que no genera indefensión, el auto que incoa falta identificando los hechos que se imputan al denunciado y por los que se va a celebrar el juicio, es suficiente para colmar el concepto de resolución motivada, y vetar el régimen de atribución compartida de convivencia.

En el caso de las diligencias previas, la exigencia de motivación viene colmada, conforme a la jurisprudencia indicada, porque siempre esos autos hacen referencia en los antecedentes al atestado o denuncia origen del procedimiento con lo que por esa remisión puede salvarse, máxime cuando, de forma inmediata se recibe declaración al imputado (raro es el supuesto en el que por un delito de violencia de género no se detiene al denunciado con la inmediata puesta a disposición judicial) en que se le va a informar conforme al art.118 de la Lecrim de los hechos que se le imputan, lo que según la jurisprudencia apuntada evita cualquier indefensión.

Finalmente, y por su especialidad procedimental, hay que referirse al procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, pues una vez incoado, prevé la ley la inmediata celebración de la comparecencia del art.25, en la que por el Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas se efectúa la imputación formal, es decir, de forma sucinta se indican los hechos que se imputan y su calificación jurídica, interesándose además, en su caso, si procediese la práctica de diligencias. En este tipo de procedimiento, una vez incoado, dada la rapidez (al menos teórica) con que debe efectuarse esta comparecencia en que se produce la imputación formal, el Juez debe dictar Auto acordando continuar el procedimiento por el trámite del Procedimiento del Tribunal de Jurado, debiendo dicha resolución colmar el concepto de resolución motiva del art.5.6 de la Ley que analizamos, y por tanto vetar la atribución del régimen de convivencia de forma compartida.

Es decir, serán resoluciones motivadas a los efectos del art. 5. 6 de la Ley: a) el auto de procesamiento; b) el auto de transformación en procedimiento abreviado; c) los autos de incoación de diligencias previas, d) los autos relativos a la instrucción y enjuiciamiento rápido de determinados delitos; e) el auto de incoación de juicio de faltas; f) el auto acordando continuar el procedimiento por el trámite del Procedimiento del Tribunal de Jurado y g) la orden de protección.

3. “Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

A este respecto hay que tener en cuenta que conforme al art. 49 bis LEC, introducido por el art. 57 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, los jueces que estén conociendo en primera instancia de un procedimiento civil pierden su competencia si tienen noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la misma Ley Orgánica, si ha dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección; y si no ha dado lugar a un proceso penal o a una orden de protección, debe citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal en las 24 horas siguientes para tomar conocimiento sobre cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos, y el Ministerio Fiscal ha de decidir en las siguientes 24 horas si procede denunciar los actos de violencia de género o solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer que resulte competente.

Será en este momento cuando el Fiscal que asista a la comparecencia, entre las medidas cautelares que solicite, incluya la de prohibición de la atribución del régimen de convivencia, petición que se realizará ante el Órgano Judicial del Orden Civil en el que haya tenido lugar la referida comparecencia, y con solicitud de que para el caso de que se acceda a la pérdida de competencia se traslade la petición ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Finalmente, se prevé, como no podía ser de otra manera, que cuando el progenitor incurso en estos procedimientos sea absuelto, la revisión de oficio o instancia de parte de la ordenación de las relaciones familiares.

4. Análisis de la expresión EXCEPCIONALMENTE

El legislador emplea la expresión “excepcionalmente” no en el sentido de que lo normal sea, aunque se den los supuestos arriba examinados, que se acuerde el régimen de convivencia individual o compartido, esta manera de proceder no casa con la *mens legislatoris* en los términos del Preámbulo de la propia Ley.

¿Para qué es tan contundente el legislador en el Preámbulo cuando al hablar del art. 5 aboga por “la **exclusión de la atribución compartida del régimen de convivencia en caso de que uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal contra el otro, incluyendo las situaciones de violencia doméstica y de género**”, si luego iba a convertir lo que aquí parece un principio general (la exclusión en casos de violencia doméstica y/o de género) en excepción, al desarrollar el articulado?. El art.5.6 de la Ley no ha pretendido que sea excepcional la exclusión del régimen de convivencia de forma compartida en supuestos de violencia doméstica y/o de género, sino todo lo contrario, que la excepción sea acordarla.

En consecuencia, frente al automatismo del CC que en su art. 92.7 establece “**no procederá**”, impidiendo en estos supuestos la guarda conjunta, en la Ley valenciana no basta el hecho de la resolución judicial en que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad contra el otro progenitor o los hijos, **hace falta además que la convivencia con él suponga un riesgo objetivo para los hijos o el otro progenitor**, aunque con la excepcionalidad entendida en los términos arriba expuestos.

Finalmente, se prevé, como no podía ser de otra manera, que cuando el progenitor incurso en estos procedimientos sea absuelto, la revisión de oficio o instancia de parte de la ordenación de las relaciones familiares.

VIII

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Como hay que atender a la vecindad civil valencianas de los hijos para que la Ley sea de aplicación (artículo 2), en todos los escritos de contestación a la demanda que se efectúen por el Fiscal se introducirá un apartado interesando que se requiera a la parte demandante para que acredite, si no lo hubiere hecho, la vecindad civil valenciana.

SEGUNDA.- La vecindad civil se acreditará mediante la certificación del Registro Civil en los supuestos de adquisición derivativa por residencia, por opción, así como en los supuestos de recuperación.

En los supuestos de adquisición originaria por *ius sanguinis* se acreditará la vecindad civil mediante la certificación de nacimiento de los hijos en relación con la certificación de nacimiento de los padres.

Finalmente, en los «en su defecto» y «en caso de duda», tendrán la vecindad civil del lugar de nacimiento que se acreditará mediante la certificación del Registro Civil.

Cuando no sea posible acreditar la vecindad civil a través de la certificación del Registro Civil serán admisibles todos los medios de prueba que conduzcan racionalmente a su acreditación –certificados de empadronamiento, del INE- etc.

TERCERA.- Dado que todo el articulado de la Ley se refiere a medidas de carácter definitivo, la misma no será de aplicación para las medidas provisionales (sean previas o coetáneas a la demanda), cuyo contenido será el regulado en el Código Civil (artículos 102 y 103), dado el carácter supletorio del referido cuerpo legal (Disposición Final Segunda de la Ley).

CUARTA.- Asimismo, al no regular la Ley los efectos de la presentación de la demanda, en los términos contemplados en el art. 102 CC (cese de la presunción de convivencia legal, revocación de los consentimientos y poderes, etc), éstos serán los contemplados en el Código Civil, dado el carácter supletorio del referido cuerpo legal (Disposición Final Segunda de la Ley).

QUINTA.- El criterio a seguir en orden al tipo de convivencia (compartida o individual) que deba establecerse en cada caso, será el superior interés del menor, criterio recogido en la Ley en su art. 5.4.

SEXTA.- A falta de pacto entre los progenitores, antes de fijar el régimen de convivencia, será obligatoria oír la opinión de los hijos cuando hayan cumplido los 12 años.

SÉPTIMA.- Se tendrá especial cuidado acerca de que en los pactos de convivencia se establezcan las reglas de contribución de cada progenitor no sólo a los gastos ordinarios sino también a los extraordinarios.

OCTAVA.- El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas y otros parientes y personas allegadas, será regla general que se establezca aprovechando la estancia del menor con el progenitor de la línea correspondiente, materna o paterna, no procediendo la oposición del MF cuando se establezca este régimen con una cláusula amplia que así lo determine.

NOVENA.- Ahora bien, si por cualquier razón no es posible que los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados puedan compartir las estancias con el progenitor no custodio para relacionarse con el menor (por ejemplo, por enemistad entre éste y el pariente), tiene sentido que se fije en el pacto de convivencia el régimen mínimo de relación.

DÉCIMA.- Es inadmisibile la acumulación subjetiva entre la pretensión de los progenitores que no conviven para la regulación de las relaciones familiares con sus

hijos e hijas, y la pretensión de los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados, prevista en art. 4.2 letra b) de la Ley 5/2011.

DÉCIMO PRIMERA.- El cauce procesal al que deberán acudir los hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas para ejercer sus derechos, será la presentación de la correspondiente demanda en procedimiento distinto a aquel en el que se establecieron y por los trámites del juicio verbal, (art. 250.1.13º LEC).

DÉCIMO SEGUNDA.- De igual modo, no será causa de oposición al pacto de convivencia familiar por parte de los fiscales, cuando de mutuo acuerdo y sin riesgo o controversia previsibles, se establezca un régimen amplio de relación con los hijos e hijas con sus hermanos, hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y allegados, con expresiones tales como “tendrán lugar estas relaciones aprovechando la estancia del menor con el progenitor de la línea correspondiente, materna o paterna”.

DÉCIMO TERCERA.- En los Pactos de Convivencia Familiar que de mutuo acuerdo presenten las partes, no será causa de oposición al mismo por parte de los Fiscales el que se haya omitido toda mención a lo exigido por el artículo 4.2 letra b) de la Ley (“régimen mínimo de relación con los hijos e hijas con sus hermanos, hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y allegados...”) sin perjuicio de añadir al informe que se interese a los progenitores el completar el pacto en tal sentido.

DÉCIMO CUARTA.- Con relación a la compensación por la pérdida de uso de la vivienda a favor del progenitor titular o cotitular no-adjudicatario (artículo 6.1 de la Ley), deberá siempre ser fijada en una cantidad determinada independiente de los gastos ordinarios (aunque tal compensación pueda ser computada total o parcialmente como contribución a dichos gastos); y ello para evitar que cuando cese la atribución de la vivienda –ahora siempre temporal- y, por tanto, cese la compensación, se deba fijar de nuevo la cuantía de los gastos ordinarios.

DÉCIMO QUINTA.- Por “viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias” (artículo 6.4 de la Ley) debe entenderse las viviendas de temporada (Casa de playa o montaña con principal destino de ocio o veraneo) sobre las que no habrá pronunciamiento sobre atribución ni compensación de las mismas.

DÉCIMO SEXTA.- A efectos del art. 6.2 de la Ley (adjudicación de la vivienda), los derechos se deben referir a otra vivienda en la misma población y no a segundas residencias.

DÉCIMO SÉPTIMA.- Por disposición del artículo 6.3 la atribución de la vivienda familiar tendrá siempre el carácter de temporal por lo que habrá que fijar un período concreto atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso, estimándose como recomendable el plazo de cinco años cuando el progenitor usuario tenga ingresos estables.

DÉCIMO OCTAVA.- El art. 5.6 de la Ley ha pretendido que la exclusión del régimen de convivencia de forma compartida en supuestos de violencia doméstica y/o de género, sea lo normal y excepcional acordarla.

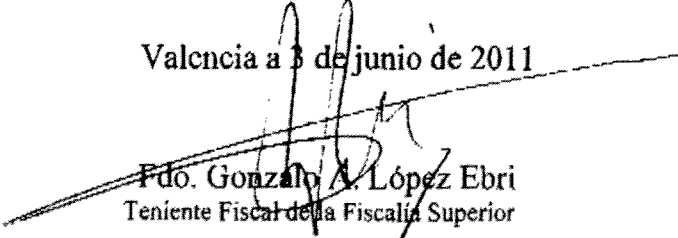
DÉCIMO NOVENA.- Teniendo en cuenta la conclusión anterior, se evitarán automatismos en la aplicación del artículo 5.6 de la Ley que impide atribuir un régimen de convivencia al progenitor incurso en un proceso penal contra el otro incluyendo las situaciones de violencia doméstica o de género, puesto que el mismo artículo exige (“siempre y cuando”) exista riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor.

VIGÉSIMA.- Los Fiscales extremarán el celo en la comparecencia del art. 49 bis de la LEC y será en este momento cuando el Fiscal que asista a la comparecencia, entre las medidas cautelares que solicite, incluya la de prohibición de la atribución del régimen de convivencia, medida que se trasladará al procedimiento civil en los términos y con los efectos prevenidos en el art. 5.6 de la Ley.

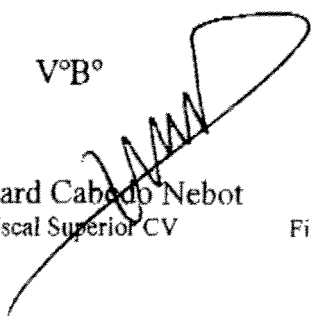
VIGÉSIMO PRIMERA.- Además de las sentencias, serán resoluciones motivadas a los efectos del art. 5. 6 de la Ley: a) el auto de procesamiento; b) el auto de transformación en procedimiento abreviado; c) los autos de incoación de diligencias previas, c) los autos de incoación de juicio de faltas; y d) el auto acordando continuar el procedimiento por el trámite del Procedimiento del Tribunal de Jurado.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- En defecto de acuerdo entre los progenitores, para el caso de que se otorgue a uno sólo de los progenitores el régimen de convivencia, se deberá determinar el ejercicio de la patria potestad en los términos del art. 92.4 CC, habida cuenta que el Código Civil es de aplicación supletoria a tenor de lo dispuesto en la Disposición final segunda de la Ley 5/2011.

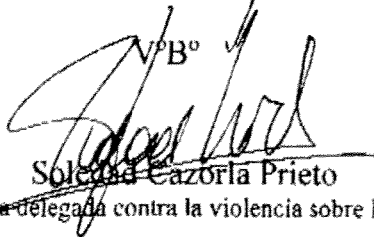
Valencia a 3 de junio de 2011


Pdo. Gonzalo A. López Ebri
Teniente Fiscal de la Fiscalía Superior

VºBº


Ricard Cabedo Nebot
Fiscal Superior CV

VºBº


Soledad Cazorla Prieto
Fiscal de Sala delegada contra la violencia sobre la mujer

VºBº


José Mª Paz Rubio
Fiscal de Sala Jefe de lo Civil