

María Durán Febrer
Abogada

*Socia de la Asociación de
Mujeres Juristas Themis*

**LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE
RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS
PROGENITORES NO CONVIVEN (DOCV núm. 6945 de 5.04.2011,
BOE núm. 98 de 25.04.2011)**

Y

**LA LEY DE ARAGON 2/2010, DE 26 DE MAYO, DE IGUALDAD EN
LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA
CONVIVENCIA DE LOS PADRES (B.O.A. 111 DE 8 DE JUNIO 2010)**

La reciente regulación de la custodia compartida, por parte de varias Comunidades Autónomas, Aragón, Cataluña, Navarra y la Comunidad Valenciana, junto con la moción sobre custodia compartida presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Senado, debatida el 21 de julio de 2010, obliga a una reflexión en un triple sentido, por una parte si es constitucional que las Comunidades Autónomas puedan legislar sobre custodia compartida, por otra si la preferencia de la custodia compartida en caso de desacuerdo cumple con el principio del interés del menor, y finalmente si las reglas de la custodia del Código Civil español pueden dar respuesta jurídica a todos los supuestos.

La promulgación de la **Ley de Aragón 2/2010 de 26 de Mayo** que regula la custodia compartida junto con la **Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011 de 1 de Abril de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven** establecen la custodia compartida como régimen de guarda preferente en el supuesto de desacuerdo entre los progenitores. Ambas guardan una notable diferencia con la **Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 25/2010 de 29 de Julio** y la **Ley Foral de Navarra 3/2011** en las que se establecen indicadores objetivos para el otorgamiento judicial de la custodia de los y las menores en el supuesto de discrepancia entre ambos progenitores.

Todo ello ha sido el determinante para proceder a un análisis sobre la adecuación a la Constitución Española de las leyes autonómicas que regulan la custodia compartida.

Teniendo en cuenta que tanto Aragón, como Cataluña, Navarra y la Comunidad Valenciana tiene Derecho Civil propio, igual que las Illes Balears, la regulación de la custodia compartida es una cuestión que, dicho con todo respeto, parece extralimitar las competencias que corresponden a las comunidades autónomas en función del artículo 149.1 apartados 1, 6 y 8 de la Constitución Española, como después se fundamentará.

Por otra parte, corresponde a todos los poderes públicos la protección de los y las menores. Su interés no puede supeditarse a principios como la continuidad de las relaciones familiares en supuestos de crisis, según hace la Ley Aragonesa o a la igualdad entre los progenitores como hace la Ley Valenciana.

Es doctrina pacífica del Tribunal Constitucional que en el conflicto de derechos fundamentales (ejemplo libertad de expresión y derecho al honor), hay que ponderar ambos en aras al interés más digno de protección, y la protección de los menores es el interés superior al que la Convención de los Derechos del Niño denomina principio primordial.

ANTECEDENTES

Primero.- La custodia compartida ofrece dos posibilidades: Durante periodos cortos de tiempo los progenitores residen alternativamente en el domicilio único de los y las hijas o, las y los hijos viven en dos domicilios, alternando de forma permanente durante toda su minoría de edad, y durante su mayoría de edad si dependen económicamente de sus progenitores.

Ninguna de las dos soluciones es óptima, la primera dificulta que los progenitores establezcan una convivencia con otra persona, la segunda tiene el riesgo de que los y las hijas tengan consideración de "cosa" que se puede trasladar de un sitio a otro. El acuerdo mutuo permite que los progenitores puedan pactar la proximidad de los domicilios donde vivan los hijos e hijas, la elección del colegio equidistante de ambos domicilios, el centro sanitario de atención a los y las hijas, etc.

Con todo, la custodia compartida en abstracto, tiene una limitación cual es la capacidad económica de los progenitores, ya que no todos pueden permitirse ejercer una custodia compartida que, como se ha señalado anteriormente, exige bien duplicidad de viviendas de cada progenitor o residir en domicilios próximos para evitar perjuicios a los hijos e hijas; además hay que tener en cuenta los gastos que voluntaria o involuntariamente se duplican al residir los hijos e hijas en dos viviendas.

La preferencia de la custodia compartida en caso de discrepancia entre los progenitores puede plantear un problema de igualdad ante la ley, ya que en determinados casos la resolución judicial de custodia compartida puede ser de imposible cumplimiento.

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, regula e introduce por primera vez la guarda y custodia de los hijos e hijas de forma compartida entre ambos progenitores en el supuesto de mutuo acuerdo, y excepcionalmente, cuando así lo solicite un progenitor, haya un informe favorable del Ministerio Público y el o la juez, en

la ponderación de las circunstancias considere que esta medida es más favorable a los intereses de las y los menores (artículo 92 apartados 5, 6, 7 y 8).

De este modo queda a salvo el mandato constitucional, posteriormente desarrollado por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que obliga a los poderes públicos a priorizar el interés de los menores.

Con la Ley 15/2005 se posibilita que los progenitores que estén de acuerdo puedan ejercer la custodia compartida. Estar de acuerdo es fundamental para el desarrollo de los hijos e hijas, para su educación y para su aprendizaje de experiencia de la vida. Compartir la custodia obliga a cada progenitor al consenso y a la comunicación permanente así como a minimizar los efectos negativos que tiene para los y las hijas el vivir en dos casas, tener sus libros y material escolar, medicamentos, ropa y calzado en una y otra casa, en la casa donde deban realizar los deberes y actividades escolares, etc. etc.

La Ley 15/2005 también dispone, con carácter excepcional a instancias de un solo progenitor y con informe favorable del Ministerio Público, el juez o la jueza acuerde una custodia compartida. En este caso el juzgador deberá tener en cuenta las circunstancias materiales y personales que permitan hacer efectiva la custodia compartida, sin que ello suponga menoscabo del interés de los y las hijas, que debe salvaguardar.

Segundo.- Desde la entrada en vigor de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, reguladora de la filiación y de la Ley 30/1981 de 7 de julio, reguladora del divorcio, menos del 10% de los padres que se separan o se divorcian solicitan la guarda y custodia de los hijos e hijas, incluso después de que en el año 1990 se derogase la preceptiva atribución a la madre de la custodia de los hijos e hijas menores de 7 años, tampoco los padres incrementaron las solicitudes de custodia exclusiva de los y las hijas.

En un estudio realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, entre los años 1998 y 2002, sobre las sentencias de separación o divorcio dictadas por las Audiencias Provinciales en más del 80% aquellas en las que se otorgaba la custodia de las y los hijos al padre, había una mujer (abuela o tía-abuela o compañera) que comprometía su quehacer en el cuidado de los hijos e hijas del padre custodio.

Las asociaciones que promueven la custodia compartida como régimen preferente, existiendo desacuerdo entre los progenitores, no han acreditado, ni en la mínima parte de supuestos judiciales, que los progenitores que solicitan la custodia compartida estando el otro en desacuerdo, durante la convivencia de la pareja compartieron el cuidado de los hijos e hijas.

La realidad de Aragón o de la Comunidad Valenciana no es diferente al resto de España, no hay un incremento de padres que reclaman judicialmente la guarda y custodia exclusiva de los hijos e hijas, pero la Ley Valenciana tiene un agravante mas

y diferente de las leyes anteriores y es que no sólo se refiere a la guarda y custodia de los hijos cuyos progenitores hayan mantenido una convivencia (matrimonial o extramatrimonial) sino que también se refiere a los supuestos en los que el hijo o la hija sólo ha convivido con un solo progenitor.

Tercero.- El Código Civil garantiza a los hijos y las hijas el uso de la vivienda familiar hasta su mayoría de edad, como forma de minimizar el efecto negativo de la separación de los progenitores, para que puedan continuar en el mismo colegio, mantener las mismas amistades y el mismo entorno que durante la convivencia de la pareja. Una medida prevista en interés de las y los hijos.

El artículo 96 CC establece:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. (...)”

Esta importante cuestión queda sustancialmente modificada por la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011 que establece en su artículo 5.2 referido a las Medidas Judiciales:

“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 un obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.”

A pesar de que esta ley reconoce que pueden existir malas relaciones entre los progenitores y ello puede repercutir en los hijos e hijas, no prevé ninguna institución de mediación.

Expuestos los antecedentes, el análisis sobre la constitucionalidad y necesidad o no de nuevas normas, se basa en las siguientes consideraciones

CONSIDERACIONES

Primera.- Tanto el Parlamento Valenciano como las Cortes de Aragón se han extralimitado en sus competencias legislativas y los supuestos legislados entran en contradicción con el Derecho Civil Común, vulnerando la Constitución respecto del artículo 149.1 apartado 8 respecto del Derecho material y del artículo 149.1 apartado 6 respecto a las Normas Procesales.

El preámbulo de la Ley 5/2011 se fundamenta en el artículo 49.1.2ª del Estatuto de Autonomía, atribuyendo la competencia exclusiva de la Comunidad Valenciana en la

conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral valenciano, haciendo una referencia a la Ley 10/2007 de 20 de marzo de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, recurrida por el Gobierno de España ante el Tribunal Constitucional (Recurso de Inconstitucionalidad 9888/2007) actualmente pendiente de resolución. En el preámbulo se expone

“En virtud de esta reforma [L.O.1/2006 de 10 de Abril de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana], que comportó un salto cualitativo en materia competencial, se atribuyó competencia exclusiva a la Generalitat en el artículo 49.1. 2ª para la conservación, desarrollo y modificación del Derecho Civil Valenciano. en el ejercicio de dicha competencia se aprobó la Ley 10/2007 de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, modificada por la Ley 8/2009 de 4 de noviembre de la Generalitat, el primer paso de un camino cuya meta final es la elaboración de un futuro Código de Derecho Civil Foral Valenciano que englobe las distintas leyes que se promulguen”.

El Preámbulo de la Ley de Aragón 2/2010 encuadra la ley en la línea de una labor de:

“Actualización de nuestro derecho civil, en ejercicio de la competencia exclusiva de Aragón en materias de conservación, modificación y desarrollo del derecho foral aragonés, reconocidas en los art 149.1. 8ª y 6ª de la Constitución y 71, 2ª y 3ª del Estatuto de Autonomía”.

Ambas exposiciones de motivos plantean dos cuestiones, la primera el valor jurídico del preámbulo y la segunda si la materia regulada conserva, modifica o desarrolla el Derecho Foral Aragonés y el Derecho Civil Valenciano, o lo que realmente hacen es crear ex-novo figuras jurídicas que en ningún momento han formado parte de su tradición jurídica.

La exposición de motivos, que si bien no puede por sí misma ser objeto de recurso de inconstitucionalidad, si es esencial a la hora de interpretar tanto el espíritu de la ley, como el contenido de su articulado conforme a lo dispuesto en el art 3 del Código Civil sobre la interpretación de las normas.

La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de Junio en su Fundamento Jurídico 7º indica:

“(…) Ahora bien, la carencia de valor normativo no equivale a la carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa. De hecho, en la propia STC 36/1981 hicimos una declaración expresa sobre el valor interpretativo del preámbulo entonces examinado, bien que proclamándola en la fundamentación jurídica y sin llevarla formalmente al fallo.

Nuestro proceder en la citada STC 36/1981 es consecuencia de la naturaleza jurídica de los preámbulos y exposiciones de las leyes, que, sin prescribir efectos jurídicamente obligados y carecer, por ello, de valor preceptivo propio de las normas de Derecho, tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas. Su destinatario es, pues el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que, por definición, el preámbulo no puede imponer. El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico. (...)"

El preámbulo de la Ley 5/2011 explicita la voluntad de configurar un Ordenamiento de Derecho Civil Valenciano y ello choca frontalmente con la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la Sentencia 31/2010 anteriormente referida (FJ 76), que indica que la Constitución no faculta a las Comunidades Autónomas a producir una ampliación abstracta del marco normativo, ni a constituir un sistema propio de Derecho Civil, en este sentido es significativa la literalidad del Fundamento Jurídico 76, tercer párrafo que indica

*"En cuanto al concepto constitucional de "desarrollo del propio derecho civil, especial o foral", hemos dicho también que debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil establecida por el artículo 149.1.8 CE de manera que la Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales **preexistentes** puedan ser objeto no ya de conservación y modificación sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales (STC 88/1993 FJ 3). Ahora bien, ese crecimiento con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección no sobre cualesquiera objetos (...)"*

Por otra parte, también cabe señalar respecto a la Ley de Aragón 2/2010, la utilización del lenguaje que hace la exposición de motivos, ya que "actualizar" el Derecho Foral, no se corresponde con ninguno de los términos que delimitan las competencias legislativas de Aragón, es decir, la conservación, modificación y desarrollo, que suponen una actividad del legislador que parte de un Derecho Foral previo, que ya existe y que se modifica, se desarrolla o se conserva, mientras que actualizar se utiliza en este contexto por el legislador autonómico como sinónimo de crear *ex novo*, consciente sin duda de la falta de competencia que aqueja a este texto legal.

El título competencial que atribuye la Constitución, en su art.149.1.8. es doble:

- a) Un título competencial exclusivo al Estado en legislación civil y en aquellas materias que "en todo caso" se reserva (segundo inciso del art.149.1.8).
- b) La competencia de las Comunidades Autónomas, que al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución tuvieron derecho civil propio vigente "allí donde exista"

en la *"conservación, modificación y desarrollo"* de su derecho civil foral. Siempre que lo asuman sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Existe un evidente elemento temporal que pone de manifiesto el carácter no foral del divorcio y sus consecuencias, así como de la filiación no matrimonial.

El reparto de las competencias legislativas en materia civil se recoge en el art 149.1.8ª de la Constitución, que establece como regla general la competencia exclusiva del Estado sobre el Derecho Civil, con la salvedad de la posibilidad de *conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales*, por aquellas CCAA que los tengan.

Así pues, queda claro que la primera limitación que establece la Constitución a la capacidad legislativa de las CCAA en Derecho Civil, es el *dato histórico de la existencia de los mismos al promulgarse la misma*, y la existencia de esos preceptos especiales marca el límite de la competencia legislativa autonómica, al existir una competencia exclusiva y explícita del Estado en todo lo que sea Derecho Civil común. Por decirlo de forma más sencilla, el Derecho Foral podrá modificarse y desarrollarse pero siempre a costa de sus propios preceptos, nunca a costa del Derecho Civil común.

La referida Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 delimita el desarrollo normativo de los derechos civiles especiales o forales a *la necesaria conexión con los Derechos Civiles especiales o forales preexistentes*.

Un estudio cronológico clarifica la extralimitación legislativa:

El 29 de diciembre de 1978 se publica la Constitución Española; en el año 1981 el Estado introduce en el Código Civil dos figuras jurídicas nuevas, el divorcio como causa de disolución del matrimonio. (Ley 30/1981 de 7 de julio) y la igualdad de los hijos e hijas con independencia de que su filiación (Ley 11/1981 de 13 de mayo). Ninguna de las dos figuras existían en el Derecho Foral Aragonés ni en el Valenciano; por último, la Comunidad Autónoma Valenciana nace jurídicamente mediante Ley Orgánica 5/1982 de 1 de julio, y la Comunidad Autónoma de Aragón se crea por la Ley Orgánica 11/1982 de 10 de agosto, ambas tienen atribuidas sus competencias legislativa sobre Derecho Foral cuando ya existía el divorcio y la igualdad en la filiación matrimonial y no matrimonial en Derecho Civil Común.

La Ley Valenciana 5/2011 de 1 de Abril establece en su *artículo 5 Medidas Judiciales, apartado 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".

La Ley de Aragón 2/2010 de 26 de Mayo indica en su *artículo 6 Guarda y custodia de los hijos, apartado 2*:

“El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...).

La Ley de Igualdad de las relaciones familiares de Aragón, y la Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Valencia, cambian la regulación común del ejercicio de la custodia compartida, aplicable en toda España, y recogida también en todas las legislaciones europeas en las que se exige el acuerdo de los progenitores, y ante la falta de acuerdo, bien a instancia de una sola de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, el o la juez puede acordar la guarda y custodia compartida, siempre en interés del menor.

Ninguna de las dos leyes (Valenciana y Aragonesa) parten del Derecho preexistente a la Constitución Española, ni modifican, ni desarrollan el Derecho Foral propio, sino que modifica el Código civil, lo que resulta inconstitucional por contravenir lo dispuesto en el art 149.1.8ª CE.

Ni siquiera, con la más amplia interpretación de las competencias legislativas de Aragón y la Comunidad Valenciana en materia foral, establecidas en la Sentencia del TC 88/1993 de 12 de marzo (Rec. 1.392/1988) cabe la regulación pretendida, teniendo en cuenta que dicha Sentencia dice así:

“Cabe, pues, que las CCAA dotadas de un derecho foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principio informadores peculiares del Derecho foral (...) Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada, ratione materiae dejada a la disponibilidad de las CCAA, que pugnaría con lo dispuesto en el art 149.1.8ª CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar.”

En relación con todo lo anterior, al estar legislando sobre materia no foral, la inconstitucionalidad abarcaría también a las disposiciones que hacen referencia a normas procesales para la aplicación de la misma, con consecuencias tan graves e innecesarias como sustituir el *informe favorable del Ministerio Fiscal* (órgano imparcial y garante no sólo de la legalidad, sino de la protección a las y los menores) en la adopción judicial de la custodia compartida a falta de acuerdo entre los progenitores por:

“recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas cualificados e independientes” (art. 6 apdo. 3 de la Ley 2/2010 de Aragón y art. 5 apdo. 3 letra d) de la Ley 5/2011 de la Comunidad Valenciana), medidas permitida por la legislación civil estatal.

En el presente caso se vulnera el artículo 149.1.6 CE.

Segunda.- Estas Leyes atentan contra el principio de competencia estatal en la regulación de las *condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles* en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, recogido en el art 149.1.1ª, en relación con los art 32, 39 y 14 de la Constitución Española.

El Estado tiene la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles, pues bien, establecer la custodia compartida como régimen preferente, puede suponer una discriminación por causas económicas proscrita en el artículo 14 de la Constitución Española.

Como ya se ha indicado anteriormente, la guarda y custodia compartida requiere una capacidad económica suficiente para hacer frente a los gastos de dos viviendas, cuando los hijos residen en la misma vivienda y los progenitores tienen que desplazarse a residir periódicamente a la de los hijos, o en su caso a una vivienda próxima a ambos progenitores para evitar los desplazamientos y la deslocalización de los hijos e hijas, amén de otros gastos que causan los hijos e hijas que están bajo una guarda y custodia compartida y que no tienen cuando están bajo la custodia de un solo progenitor. Todo ello impuesto, puede ser gravoso para la parte económicamente más vulnerable. Este aspecto fue tenido en cuenta por el Parlamento español al regular como norma general la custodia compartida cuando existe consenso entre los progenitores y sólo excepcionalmente cuando lo solicita uno solo de ellos sin la conformidad del otro.

Las circunstancias económicas no están previstas expresamente en el artículo 14 C.E., no obstante si puede considerarse subsumidas en la expresión literal *o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Al respecto cabe hacer referencia a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional 26/2011 de 14 de marzo que en su F.J. 5:

“Lo anterior no es obstáculo, conforme a nuestra doctrina para que la queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación que el artículo 14 C.E. enumera, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales, pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares (...)”

Por otra parte, y reiterando argumentos ya expuestos, pero ahora analizados desde la perspectiva del artículo 149.1.1. CE, los supuestos que regulan las leyes aragonesa y valenciana ya están regulados en el Código Civil y no forman parte de la Compilación ni de la tradición Jurídica de Aragón ni del Derecho Civil Valenciano.

La Ley Valenciana modifica la custodia compartida y sus reglas de aplicación; también regula, de forma distinta al Código Civil, el uso de la vivienda y el concepto de alimentos de los hijos e hijas establecido por la Jurisprudencia.

Cabe destacar aquí, la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la técnica legislativa de copiar o reproducir legislación estatal, como hace en gran medida también la ley cuyo estudio nos ocupa, y ello porque al hacerlo, dice el TC, la comunidad autónoma está haciendo suya una legislación sin tener la debida habilitación competencial.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 explicita la competencia del Estado en regular las condiciones básicas que ha de respetar el legislador autonómico, literalmente dice:

“las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario del Derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas...) (...) Dentro de estas condiciones básicas cabe entender incluidos aquellos criterios que guardan conexión con el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el Derecho; los deberes, requisitos mínimos o condiciones en que ha de ejercerse un derecho y los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilita el ejercicio del mismo derecho (...) es la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales”.

La no impugnación de la Ley 5/2011, por inconstitucional puede tener como consecuencia que haya una proliferación de leyes autonómicas con regulaciones contradictorias entre sí, de las que se derive desigualdad para los y las ciudadanas, según donde tengan establecida su residencia.

La igualdad recogida en el artículo 14 de la Constitución Española se vería vulnerada por legislaciones que dependiendo de la Comunidad Autónoma que legisle regulen de manera dispar estas materias, podría incluso darse el caso de regular normas, materiales o adjetivas, tan restrictivas que impidieran el ejercicio de la custodia conjunta.

En función de lo anteriormente expuesto, hay elementos para considerar que la Ley Valenciana 5/2011 vulnera el artículo 149.1.1 de la Constitución Española.

Tercera.- Derogación del principio preferente del interés superior de los menores.

Se consideran vulnerados los artículos 39 apartados 2, 3 y 4 de la Constitución en relación a los artículos 10 y 14 de la misma. También es aplicable el artículo 81 C.E. referido a las normas sobre derechos fundamentales y libertades públicas que deberán estar reguladas mediante ley orgánica.

Asimismo se consideran aplicables, a esta consideración, el artículo 10.2 y 96 de la Constitución Española en relación al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990 y publicada en el BOE núm. 813/1990 de 31 de Diciembre.

Establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones publicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Pues bien, la Ley Valenciana 5/2011 pese hacer una referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, *no respeta el interés superior del niño o la niña*, es más, en los supuestos de desacuerdo sobre la custodia, obliga a los y las menores a continuar presenciando y participando de las discrepancias y enfrentamientos entre los progenitores, mediando, en determinados casos, entre ambos progenitores a pesar de no tener edad para ello.

La ley Valenciana, a diferencia de la Ley de Aragón, no prevé instituciones de mediación para la resolución pacífica de conflictos.

La misma exposición de motivos indica e iguala los derechos de los progenitores con el de los menores, obviando que unos son adultos, mientras que hay un mandato constitucional de protección hacia los menores siendo el interés de los menores el primordial y nunca equiparable.

Además esta ley no responde a criterios de racionalidad, sentido común y experiencia de vida. Cuando una pareja se disuelve, siempre existe un mínimo de conflictividad, si se parte de esta premisa resulta difícil que dos personas que han sido incapaces de ponerse de acuerdo sobre la custodia de los hijos e hijas puedan llegar acuerdos sobre la cotidianidad de los menores; en estos casos, la custodia compartida no sólo no supone un beneficio para él o la menor, sino un verdadero perjuicio para él o ella.

La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 54/2011 de 11 de Febrero indica en su FJ 3º

“(...) que las decisiones que hay que tomar sobre la guarda y custodia en los casos en los que el padre y la madre no convivan han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está admitida en el artículo 94 C.C. cuando después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo a su hijo, añade que el juez lo podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen. La necesidad de proteger el interés del menor en estas situaciones constituye el elemento determinante de la decisión judicial...”

Por otra parte, la Ley de Aragón y la ley Valenciana dejan en desamparo el libre desarrollo de la personalidad de los y las hijas supeditando el interés del menor a la continuidad de las relaciones familiares, obviando que el deber de protección jurídica del menor es un mandato a todos los poderes públicos y está regulado por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero.

La ley 5/2011 no distingue si los menores han convivido previamente con ambos progenitores, por lo que su aplicación literal puede obligar a un o una menor a convivir con un progenitor que prácticamente desconoce. De la aplicación literal de la ley puede llegar al absurdo de que en un procedimiento de reconocimiento de paternidad se pueda acordar como medida provisional durante su tramitación, la custodia compartida si la parte que ha estado conviviendo con él o la menor se opone.

Las normas previstas en esta Ley afectan directamente a los derechos personalísimos de los menores, derechos que conformarán su personalidad, por ello y pese a que la ley es deliberadamente difusa respecto a la prevalencia de las relaciones familiares sobre la protección de los menores, no cabe duda que obligar a unos menores a una custodia compartida impuesta sin probable consenso de sus progenitores, puede condicionar negativamente el libre desarrollo de su personalidad y su socialización en base a criterios contrarios a la ciudadanía, que sin duda son lesivos para su desarrollo e integridad moral.

Es especialmente grave si se tiene en cuenta que la o el Juez podrá acordar la custodia compartida aunque no se lo pida ninguna de las partes, ya que el artículo 6.2 de la Ley de Aragón en cuestión no hace depender la resolución judicial en que así se acuerde de la petición de uno de los progenitores, frente a lo dispuesto en el art. 92.8 del Código Civil, en el o la jueza solo la puede acordar si, entre otros extremos, lo pide uno de los progenitores.

El término "relaciones familiares" es mucho más amplio que las relaciones entre los progenitores y las y los hijos menores o entre familiares y los y las menores como lo limita la Ley de Aragón, sino que afectan a las relaciones entre personas adultas, frente a las que no impera la preferencia constitucional del interés del menor, basta imaginar el deber de un hijo o una hija adultos respecto a sus progenitores en situación de dependencia, en estos casos, igualmente se estaría ante un supuesto de relaciones familiares.

La continuidad de las relaciones familiares en supuestos de crisis, puede ser un buen criterio moral, lo que no obsta que su valor jurídico carezca de relevancia frente al mandato constitucional de protección de los y las menores, e imposibilita dar prevalencia a la continuidad de las relaciones familiares frente al interés de los y las menores.

Los menores son personas que por la edad están en periodo de formación de conciencia y por ello la protección de los mismos viene regulada por la Ley Orgánica anteriormente referida. El cambio que plantea la Ley Aragonesa y la Ley Valenciana sólo puede tener lugar por Ley Orgánica.

El Código Civil protege especialmente a las y los menores y en la prevalencia del interés de los mismos, la custodia compartida a instancias de un solo progenitor se plantea como excepcional y prevé todas las cautelas legales y materiales para que su adopción no sea contraria a la Ley Orgánica 1/1996, lo que no ocurre con la Ley 2/2010 de Aragón ni con la Ley 5/2011 de la Comunidad Valenciana.

La ya mencionada sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 31/2010 indica en su Fundamento Jurídico 3º:

“La ley orgánica es en definitiva, jerárquicamente inferior a la Constitución y superior a las normas infralegales dictadas en el ámbito de su competencia propia; y es condición de la invalidez causada desde la Constitución respecto de aquellas normas que, desconociendo la reserva de ley orgánica, infringen mediatamente la distribución competencial ordenada desde la norma jerárquicamente suprema.

(...) La ley orgánica no es en estos casos una forma fungible, sino que, en relación con las concretas materias reservadas a una ley orgánica singular, las restantes leyes orgánicas se relacionan también de acuerdo con el principio de la distribución competencial.”

Así pues, la prevalencia de la continuidad de las relaciones familiares en situaciones de crisis frente a la protección de las y los menores no puede ser considerada constitucional.

Cuarta.- La vigente regulación del Código Civil Español da respuesta jurídica a todas las demandas de custodia que puedan realizar las partes, los progenitores, los hijos e hijas, los parientes y el Ministerio Público.

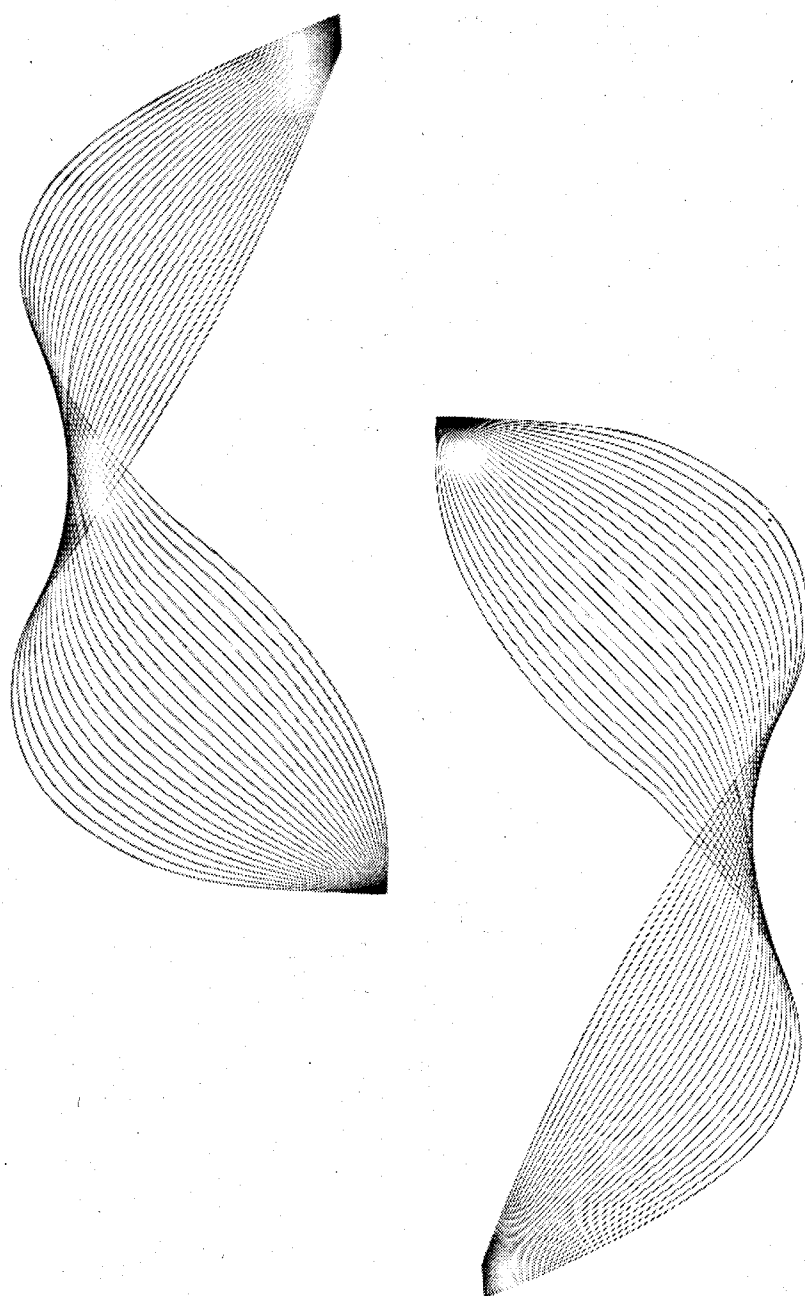
El artículo 92 del Código Civil posibilita que ambos progenitores lleguen a un acuerdo sobre la custodia compartida. Asimismo el juez o la jueza pueden suspender la tramitación de un procedimiento de separación o divorcio contencioso con el fin de que ambos progenitores lleguen a un acuerdo sobre la custodia de los y las hijas, e igualmente el o la jueza pueden acordar la atribución de la custodia compartida a instancias de un solo progenitor, siempre que haya un informe favorable del Ministerio Fiscal.

Además por la vía del artículo 158 CC el juez, de oficio o a instancia del propio hijo o hija, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, puede acordar *cualquier medida, de cualquier naturaleza, que considere oportuna y que vaya en interés de los y las menores.*

La protección que otorga el Derecho Civil Común ampara todos los supuestos de guarda y custodia, con un plus, que en cualquier procedimiento: penal, civil o administrativo, el juzgador puede adoptar cualquier tipo de medida dirigida a proteger a los menores y/o evitarles un perjuicio.

Por lo que se refiere a la comunicación y visitas entre nietos y abuelos, y otros familiares, la Ley 42/2003 de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableció el régimen de visitas y comunicación entre los menores y otros familiares y allegados en los artículos 94, 103 y 161 del Código Civil.

De lo anteriormente expuesto se deduce que el Derecho Civil Común vigente permite dar respuesta judicial a cualquier petición sobre custodia de los hijos e hijas, sea esta exclusiva o compartida, así como sobre comunicación y visitas de los menores.



En conclusión:

- El Derecho Civil Común tiene solución jurídica para los supuestos planteados en las leyes autonómicas.
- Las circunstancias de naturaleza patrimonial de los progenitores pueden imposibilitar una custodia compartida no consensuada, lo que puede situar a una de las partes en una obligación de imposible cumplimiento.
- El Derecho Foral Valenciano, previo a la Constitución Española no contemplaba ninguna institución relacionada con la guarda y custodia de los hijos e hijas.
- La constitucionalidad de ambas leyes puede ser cuestionada en base a los artículos de la Constitución Española 149.1 apartados 1, 6 y 8; 10 en relación con los artículos 14, 32 y 39; 81, 10.2 y 96 en relación al artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.
- La Ley aragonesa, ya en vigor desde el 8 de septiembre de 2010, parece que no cumple los criterios de constitucionalidad, en la práctica presenta muchos problemas de aplicación, hasta el punto de que los juzgados de familia están colapsados y las medidas provisionales tienen una tramitación mínima de seis meses, lo cual invalida su naturaleza de provisionalidad. La ley, al revés de lo que decía pretender, ha incrementado cuantitativamente la litigiosidad de las crisis familiares.

Por último, señalar como en pleno siglo XXI un régimen preferente de guarda y custodia compartida obliga a los y las juezas de familia y las secciones de las Audiencia Provinciales a resolver continuamente supuestos propios de la *Ley de Salomón*.

La Asociación de Mujeres Juristas Themis y otras asociaciones en su día presentaron Queja a la Defensora del Pueblo sobre la inconstitucionalidad de las leyes expuestas, respecto a la Ley Aragonesa sólo cabe que algún juzgado plantee una cuestión de inconstitucionalidad.

Existen razones jurídicas suficientes de la posible inconstitucionalidad de la Ley 5/2011 de 1 de Abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Es innecesaria y afecta a las competencias que la Constitución Española reserva al Estado

¿Serán otras las razones de la efervescencia en la vindicación de la regulación preferente de la custodia compartida? Ojalá no sea razones espurias.