

SOBRE LA VIGENCIA

DE LA LEY VALENCIANA DE CUSTODIA COMPARTIDA

Extraído de la conferencia dada por D. Luis Arego Casademunt el 24 de septiembre de 2.011 en Alicante, Sala Felipe II-Castillo de Santa Bárbara, en los actos de presentación de la Asociación Custodia Compartida de Alicante.
<http://alicantecustodiacompartida.com/>

La Ley 5/11, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (DOCV 5 d'abril de 2011, nº 6.495) conocida como Ley Valenciana de Custodia Compartida por haberla implantado en la Comunitat Valenciana, quedó suspendida en su vigencia con ocasión de la admisión del recurso de inconstitucionalidad promovido contra la misma por Presidencia del Gobierno ante el Tribunal Constitucional.

Esta Ley valenciana, a diferencia del Código Civil, establece la custodia compartida como opción preferente para el juez en caso ruptura de la relación, ***“sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”*** según su artículo 5.2.

Por tanto, la suspensión de su vigencia ha producido un aumento considerable de la litigiosidad en materia de familia, con el consiguiente perjuicio para los menores afectados, sus progenitores y las familias extensas. Pues muchos divorcios que estaban negociándose desde estas nuevas posiciones de igualdad se han convertido en contenciosos al suspenderse la vigencia de la nueva ley, ya que al volver a aplicarse los muy restrictivos criterios sobre custodia compartida previstos en el artículo 92 del Código Civil, la parte que espera conseguir una custodia monoparental frecuentemente se niega a negociar y aceptar otra cosa que sus propios dictados, y con la amenaza de acudir a “lo que diga el juez”.

Sin embargo, debemos considerar que la custodia compartida sigue siendo una opción plenamente viable, pues:

1º.- El art. 161.2 de la Constitución dispone que: ***“2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.”*** Por tanto, dado que la interposición del recurso por el Presidente del Gobierno fue el 4 de julio de 2.011, para el 4 de diciembre de 2.011 el Tribunal deberá levantar tal suspensión o ratificarla para toda la larga tramitación del recurso de inconstitucionalidad.

2º.- También cabe la posibilidad de que el Presidente del Gobierno que resulte de las elecciones generales del próximo 20 de noviembre de 2.011 desista del recurso o inste el levantamiento de la suspensión, dado que fue la propia Presidencia del Gobierno quien lo interpuso. Y ello podría ocurrir previsiblemente incluso durante la tramitación de los procedimientos judiciales contenciosos ahora en trámite o en sus trámites de apelación.

Todo lo cual repondría la vigencia de esta Ley valenciana.

Además, esta Ley prevé en sus Disposiciones Transitorias Primera y Segunda que ***“se podrán revisar judicialmente las (medidas) adoptadas conforme a la legislación anterior”***, entre las que se incluye la custodia, y que esta ley también será aplicable a los procedimientos ***“que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor”***.

En todo caso, y con independencia de la vigencia citada Ley valenciana procede acordar igualmente la custodia compartida por entender que es la opción más beneficiosa para los hijos, como recoge la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Roj STS 4824/11, Cendoj

28079110012011100445) de 7 de julio de 2.011, nº 496/11, ponente D^a Encarnación Roca Trías, revocó la sentencia de la Audiencia de Alicante reponiendo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que había acordado la custodia compartida de los tres hijos, fundamentando que:

“Por ello, la interpretación del art. 92,5,6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar... y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que tienen los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.”

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Cendoj 28079110012010100567) de 1 de octubre de 2.010, recurso nº 681/07, ponente D^a Encarnación Roca Trías, en cuyo Fundamento de Derecho Sexto se dice que:

“la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas” .

Y la también reciente sentencia nº 579/2011, del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011, Recurso de Casación nº 813/2009, ponente D^a Encarnación Roca Trías, establece que: *“lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. ... De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”*. Lo cual recoge el criterio indicado del artículo 5.2 de la Ley valenciana, debiendo tenerse en cuenta que esta sentencia es posterior a la suspensión de vigencia de nuestra ley autonómica.

Como es de ver, ya está constituido un corpus jurisprudencial que sienta unos precedentes y una doctrina pro custodia compartida que ya no admite interpretaciones ajenas al interés de los hijos ni al principio de igualdad ante la ley y no discriminación entre los progenitores, con independencia de la vigencia de la Ley autonómica sobre custodia compartida.

València, noviembre de 2.011.