

RÉGIMEN APLICABLE EN MATERIA DE GUARDIA  
Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN LA COMUNIDAD  
VALENCIANA: LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL Y LOS DISTINTOS  
PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE IN MATTERS OF CARE AND  
CUSTODY OF CHILDREN IN THE VALENCIAN COMMUNITY: LAW  
5/2011, OF 1 APRIL AND THE VARIOUS PRONOUNCEMENTS OF THE  
CONSTITUTIONAL COURT*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 578-603*



Manuel ORTIZ  
FERNÁNDEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 22 de mayo de 2020

**ARTÍCULO APROBADO:** 28 de mayo de 2020

**RESUMEN:** La Comunidad Valenciana, en desarrollo de su Derecho foral, aprobó la Ley 5/2011, de 1 de abril. Sin embargo, tras varios pronunciamientos, esta norma fue declarada inconstitucional por la STC 16 noviembre 2016. Esta realidad provoca que el régimen jurídico y la ley aplicable en la Comunidad Valenciana no sea todo lo inteligible que sería deseable y que precise de una revisión crítica.

**PALABRAS CLAVE:** Competencias; Derecho foral; custodia; hijos; inconstitucionalidad.

**ABSTRACT:** *The Valencian Community, in the development of its regional law, adopted Law 5/2011, of 1 April. Nevertheless, after several pronouncements, this law was declared unconstitutional by STC 16 November 2016. This reality causes the legal regulations and the law applicable in the Valencian Community is not as intelligible as would be desirable and requires a critical review.*

**KEY WORDS:** Competencies; regional law; custody; children; unconstitutionality.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DELIMITACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO.- III. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE LA GUARDIA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.- I. La guardia y custodia en el Código Civil.- 2. La guardia y custodia en la Ley 5/2011, de 1 de abril.- IV. LA STC 16 NOVIEMBRE 2016 Y LA VIGENCIA EFECTIVA DE LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.- V. REVISIÓN CRÍTICA DE LA STC 16 NOVIEMBRE 2016 Y APLICACIÓN DE SUS CRITERIOS POR OTROS TRIBUNALES: PRINCIPALES CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

El régimen de guarda y custodia de los progenitores sobre sus hijos resulta un tema de vital importancia para el adecuado desarrollo de los menores. En este sentido, desde el nacimiento de estos últimos, los padres adquieren una responsabilidad de cuidado y auxilio que, como indica el art. 92.1 CC, no finaliza en los casos de separación, nulidad o divorcio. Además, como muy acertadamente destaca LÓPEZ SÁNCHEZ<sup>1</sup>, el principio de la inmunidad familiar ha sido superado “tanto con el abandono del argumento que proclamaba la necesidad de mantener la paz familiar, como con el convencimiento de que las sanciones penales o las específicas del Derecho de familia no resultan suficientes en todos los casos”. No obstante, en esta obra no nos vamos a centrar tanto en el estudio exhaustivo de los tipos de guarda y custodia, como en la normativa aplicable a la Comunidad Valenciana en esta materia. En esta tarea, debemos tener en cuenta que, a pesar de que en esta región se aprobó la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, esta norma fue posteriormente declarada inconstitucional por la STC 16 noviembre 2016<sup>2</sup>.

---

1 En este sentido, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “La responsabilidad de los padres por daños a sus hijos menores en casos de alimentación inadecuada”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, p. 88.

2 STC 16 noviembre 2016 (EDJ 2016, 211063). A esta sentencia hay que sumar la STC 28 abril 2016 (EDJ 2016, 51935) y la STC 9 junio 2016 (RTC 2016, 110). En efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales tres normas valencianas, de tal modo que resulta dudoso que esta comunidad continúe manteniendo su Derecho foral.

Para un análisis exhaustivo de estas sentencias y de la argumentación del Tribunal Constitucional, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 117-128.

### • Manuel Ortiz Fernández

Profesor ayudante del Área de Derecho Civil de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Premio Extraordinario de Grado y Doctorando en Derecho en dicha Universidad, Premio Extraordinario de Máster en Derecho de Daños de la Universidad de Alicante. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es

Todo lo anterior nos obliga a llevar a cabo un análisis para determinar varias cuestiones. Por un lado, el régimen aplicable en este ámbito en la Comunidad Valenciana tanto con carácter previo como con posterioridad a la citada sentencia. Además, encontramos una dificultad añadida ya que, como más tarde se tendrá ocasión de comprobar, el Tribunal Constitucional dictó la providencia 19 julio 2011<sup>3</sup> y el auto 22 noviembre 2011<sup>4</sup> que vinieron a modificar la vigencia de la ley valenciana. Asimismo, debemos detenernos, siquiera brevemente, en la regulación contenida en el Código civil por varios motivos. En primer lugar, porque el mismo rige con carácter supletorio en todos los Derechos forales –e, incluso, en todo el ordenamiento jurídico–. En otro orden de cosas, porque es la norma aplicable tanto con anterioridad a la aprobación de la Ley 5/2011 como tras la declaración de inconstitucionalidad de la misma –con los matices que veremos–. Además, resulta de vital interés porque nos permitirá establecer similitudes y diferencias entre la ley estatal y la autonómica.

Igualmente, otro motivo destacable es que el art. 28.I de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, prevé que “Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”. Por lo tanto, se hace necesario el estudio del resto de ordenamiento para determinar si, en su caso, una disposición autonómica contraviene lo dispuesto en la Constitución. Por otro lado, veremos si la controvertida decisión del máximo intérprete constitucional en España fue acertada o si, por el contrario, pueden encontrarse ciertas dudas interpretativas. En esta labor, el voto particular del Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos nos facilitará las herramientas necesarias. Además, analizaremos si la declaración de inconstitucionalidad ha afectado a los pronunciamientos de los tribunales en esta región o si, subrepticamente, siguen acudiendo a los criterios contenidos en la Ley 5/2011, esto es, a la custodia compartida –y, en su caso, los criterios que emplean para este cometido–.

## II. DELIMITACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO.

En primer lugar, con ánimo de clarificar el tema objeto de estudio conviene que realicemos una precisión conceptual. En ocasiones, en el lenguaje cotidiano se emplean los términos patria potestad y custodia de los menores como sinónimos. Sin embargo, no siempre aluden a realidades totalmente equivalentes. Por un lado,

3 STC 19 julio 2011 (EDL 2011, I43364).

4 ATC 22 noviembre 2011 (EDJ 2011, 302712).

la primera aparece como el derecho-deber de los progenitores de atender y asistir a sus hijos. En palabras del Código civil, supone la obligación de “Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral” y de “Representarlos y administrar sus bienes” (art. 154 CC). En la línea de lo que arriba destacamos, cuando se extingue el matrimonio y con independencia del régimen de custodia establecido, la patria potestad no cesa – salvo que alguno de los padres sea privado de ella– y, por tanto, continúan estando vigentes estos imperativos. Por su parte, la custodia se refiere a la convivencia habitual, esto es, la persona con la que ordinariamente habita el hijo. Obviamente, la guarda del menor conlleva que el progenitor deba tomar ciertas decisiones – como el vestido o la alimentación–, pero para aquellas cuestiones más relevantes tendrá que contar con la aprobación del no custodio. Además, esta última puede atribuirse a un tercero, lo que refuerza más, si cabe, la anterior distinción.

Como rápidamente podrá observarse, cuando los padres conviven juntos la guarda y custodia se integra, de alguna forma, en la patria potestad. De esta forma, a pesar de que “de la propia interpretación del art. 154 CC se puede colegir que «Patria potestad» y «guarda y custodia» no son la misma cosa, pues entre ellas existe la relación del todo a la parte”, lo cierto es que “en situaciones normales de convivencia de los progenitores, cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encuentra subsumida en la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores”<sup>5</sup>. Sin embargo, cuando los progenitores no cohabitan, patria potestad y custodia se distancian y pueden diferenciarse. Así, “en situaciones distintas a la de convivencia normal de los progenitores, la guarda y custodia se separa de la patria potestad. Es entonces cuando tiene sentido indagar sobre el contenido de la guarda y custodia, que ya aparece disociada de la patria potestad. En estas situaciones, la guarda y custodia pasa de estar incluida en la patria potestad a separarse de ella”.

Asimismo, el autor arriba citado señala que estos conceptos se disocian cuando, a pesar de existir convivencia entre los padres, la misma es “anormal”. En este sentido, el art. 156 CC contempla varios supuestos en los que, perteneciendo la patria potestad a ambos, su ejercicio conjunto puede verse excepcionado y, por tanto, la guarda se atribuye a uno de ellos. Entre estos casos, encontramos aquellos escenarios en los que los desacuerdos son reiterados o en los que concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, en los que el juez podrá atribuir la patria potestad total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones (art. 156 párrafo tercero CC). Igualmente, se producirá tal extremo “En defecto o por ausencia, incapacidad

5 Vid. PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 8, núm. 9, 2015, p. 145.

o imposibilidad de uno de los padres” (art. 156 párrafo quinto CC). A estos dos, cabe añadir un tercero tras la aprobación del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género que modificó el anterior art. del Código civil añadiendo un nuevo párrafo segundo<sup>6</sup>. Este último viene referido a los supuestos en los que se haya dictado una sentencia condenatoria o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor. En tales circunstancias, bastará el consentimiento del otro padre para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad –debiendo ser, eso sí, el primero informado previamente–.

Tras ello, vamos a describir, de forma muy básica, los tipos de custodia y sus características más relevantes. En primer lugar, encontramos la custodia monoparental que consiste en el ejercicio de la misma por uno de los progenitores en exclusiva. No obstante, como hemos reiterado en varias ocasiones, el progenitor no custodio mantiene la patria potestad, por lo que continúa teniendo tanto derechos como obligaciones sobre el menor –como los derechos a ser informado, a relacionarse y a visitar al menor<sup>7</sup> o los deberes de educación y alimento–. Por su parte, la custodia compartida conlleva que ambos padres convivan con este último. En este último caso, encontramos varias modalidades en función del domicilio donde residan los hijos –ya sea fijo, ya rotatorio– y de los periodos de permanencia con cada progenitor. Además, existen otros tipos menos frecuentes en la práctica. De un lado, el art. 98 párrafo segundo CC recoge la custodia distributiva y destaca que “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”. De otro lado, la custodia podrá ser ejercida por una tercera persona. Así, indica el art. 103 CC que “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

6 Destaca el art. 156 párrafo segundo CC que “Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos”.

7 Encontramos un estudio exhaustivo sobre este derecho en ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2015.

### III. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE LA GUARDIA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.

#### I. La guardia y custodia en el Código Civil.

Para continuar con el análisis, conviene que nos detengamos en la regulación de la custodia prevista en el Código civil. No obstante, este estudio será muy somero, por lo que para tener una visión completa y exhaustiva de la cuestión se debe acudir a otras fuentes. En primer lugar, tenemos que hacer referencia a 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, ya que esta norma supuso el reconocimiento legal de la llamada “guarda y custodia compartida”<sup>8</sup>.

La regulación actual en el Código civil la encontramos en los arts. 90 y ss. En particular, el art. 90 CC permite que sean los padres quienes establezcan, en el marco del convenio regulador, el régimen de convivencia que debe regir. No obstante, el apartado segundo del citado precepto somete estos acuerdos a su aprobación por parte del órgano judicial –que analizarán si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges–. Por su parte, el art. 92 CC establece, como sistema supletorio o preferente, la atribución de la custodia a uno de los progenitores<sup>9</sup>. En todo caso, la medida acordada –ya sea en convenio, ya judicialmente– deberá tener como finalidad última el beneficio de los hijos (art. 92.4 CC).

- 
- 8 En este sentido, destaca PINTO ANDRADE, C.: “La custodia”, cit., pp. 145-146, que “Hasta la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante, Reforma 2005), el modelo seguido por la legislación civil en lo concerniente a las relaciones paterno filiales únicamente contemplaba el ejercicio conjunto de las funciones de guarda y custodia en los casos en que se conservaba la relación de convivencia entre ambos progenitores, dando lugar, en otro caso, a la atribución exclusiva en favor de uno o de otro, salvo muy escasas excepciones. La Reforma del Código Civil en el año 2005 trató de dar cauce legal a los nuevos modelos de familia en los casos de crisis convivencial, la otra novedad importante fue el reconocimiento legal de la llamada “guarda y custodia compartida”. En este punto, no obstante, el tiempo ha venido a demostrar que, más allá de este reconocimiento nominal, el legislador fue poco audaz –y hasta timorato– al abordar esta materia. En efecto, como se comprobará, tras la entrada en vigor de la Reforma 2005, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina vinieron haciendo eco de los evidentes defectos que la nueva norma presentaba en su literalidad, defectos que producían evidentes disfunciones en su aplicación práctica judicial. En realidad, como ha sido descrito muy gráficamente, la custodia compartida se fue abriendo paso a espaldas de la literalidad del propio Código Civil: Durante los últimos años, la Jurisprudencia y la práctica judicial han respaldado la normalización de la custodia compartida más allá de la ley vigente, y paralelamente, han ido deconstruyendo el esquema legal de la custodia exclusiva”.
- 9 Sin embargo, lo cierto es que nuestro Código civil efectúa una regulación confusa, empleando un lenguaje poco preciso que podría afectar a la seguridad jurídica. En este punto, hay que poner de relieve la relevancia de que los legisladores adopten una adecuada técnica legislativa que contribuya a la interpretación óptima de las normas. Destaca GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P.: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de las leyes?*, Civitas, Navarra, 2010, p. 88 que podemos entender “que vulnerará la seguridad jurídica la redacción o lenguaje de las leyes que afecte a su claridad hasta el extremo de producir una incertidumbre jurídica, por no poder interpretarse de modo natural y no forzado, o por no contar con la indispensable claridad, un contenido preciso y unos efectos y destinatarios perfectamente determinados, no obstante la inevitable exégesis que de la norma pueda hacerse”.

Por su parte, la guarda y custodia compartida se recoge como sistema excepcional<sup>10</sup> y se encuentra relegada a aquellos casos en los que se solicite expresamente por ambos padres (art. 92. 5 CC). Sin embargo, destaca el art. 92.8 CC que “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. De esta forma, es posible que se recurra a esta modalidad sin el consentimiento de ambos progenitores siempre que sea más favorable para proteger el interés del hijo.

Por último, conviene saber que, como indica el apartado séptimo del mismo artículo, “No procederá la guarda conjunta<sup>11</sup> cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

## 2. La guarda y custodia en la Ley 5/2011, de 1 de abril.

Tras la aprobación de nuestra Constitución el territorio español quedó dividido en comunidades autónomas a las que se atribuyó competencias legislativas y ejecutivas<sup>12</sup>. Sin embargo, tal reparto no se produjo de forma similar en todas las regiones ya que, atendiendo a una serie de cuestiones históricas, solamente algunas de ellas pudieron regular sobre materias civiles<sup>13</sup>. En suma, la finalidad era que aquellos lugares en los que hubiera existido una tradición jurídico-civil –o Derechos forales– recuperaran su normativa. En este sentido, el art. 149.1.8ª CE,

10 Así, señala MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*, Tesis Doctoral (Dir. M<sup>º</sup>. V. MAYOR DEL HOYO y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Universidad de Zaragoza, Consejo Económico y Social de Aragón, 2019, p. 43 que “la inclusión de la custodia compartida en nuestro Código a través de la citada ley ha sido muy tímida, dotándola en la literalidad del precepto de carácter excepcional en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores”.

11 Este término ha sido criticado por parte de la doctrina. En este sentido, indica PINTO ANDRADE, C.: “La custodia”, cit., p. 148 que “el actualmente vigente Art. 92 C.C incluye dos términos: *guarda conjunta* (apartado 7) y *guarda y custodia compartida* (apartado 5 y 8). Ambas denominaciones han sido objeto de críticas por la Doctrina, precisamente por no responder a la dinámica en que consiste: esta guarda ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna entre los progenitores en el lugar de estancia y/o en el tiempo. Por ello, parece que lo más adecuado sería hablar de *custodia alterna*, *alternada*, *alternativa* o *sucesiva*. No obstante, hay que reconocer que la denominación «custodia compartida» es la que se suele utilizar en la práctica del foro y a nivel social aunque, insistimos, no es la más correcta pues no responde a la dinámica de la institución”.

12 Para mayor ilustración, vid. SALVADOR CRESPO, M.: *Autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Barcelona, 2007.

13 Vid. PLAZA PENADÉS, J.: “El derecho civil, los derechos civiles forales o especiales y el derecho civil autonómico”, *Revista de Derecho civil Valenciano*, núm. 12, 2012. Igualmente, vid. COBACHO GÓMEZ, J. A.: “Los derechos civiles forales o especiales tras la Constitución de 1978”, *Anales de derecho*, núm. 7, pp. 7-34, 1985.

en su compleja redacción, introdujo una serie de reglas para que tal extremo fuera posible<sup>14</sup>. Pues bien, en principio, la Comunidad Valenciana se incluyó entre las comunidades que tenían tales facultades como lo demuestra tanto la aprobación de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos como la posterior STC 28 septiembre 1992 –antes citada–.

Partiendo de estas premisas, se elaboró en la Comunidad Valenciana, entre otras, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Esta norma, que contenía un total de siete artículos, fue “más allá de la cuestión de la custodia compartida, y regula otros aspectos, muy importantes también, al margen de que no hayan generado polémica y hayan pasado desapercibidos en los medios de comunicación; nos referimos, en concreto, a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y a los gastos de atención de los hijos e hijas. Circunstancia ésta que no deja de ser curiosa, pues la atribución de la custodia a los dos progenitores tiene también una directa consecuencia en el uso de la vivienda familiar y en los alimentos a los hijos”<sup>15</sup>.

A los efectos de este trabajo, la cuestión más relevante es la que se contempló en el art. 5 de la anterior disposición. En este sentido, el apartado primero del mismo indicaba que la autoridad judicial, a falta de pacto entre las partes, “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”. Como se observa, recoge una regulación distinta a la contemplada en el Código civil, pues otorga preferencia a la custodia compartida<sup>16</sup> y la establece como régimen supletorio. No obstante, incluye una excepción<sup>17</sup> a la aplicación de este

14 Sobre la interpretación de estos extremos por el Tribunal Constitucional, *vid.*, entre otras, SSTC 26 marzo 1987 (RTC 1987, 37), 28 septiembre 1992 (RTC 1992, 121), 12 marzo 1993 (RTC 1993, 88) o 6 mayo 1993 (RTC 1993, 156).

En este sentido, destaca VERDERA SERVER, R.: “Incidencia de la costumbre en el Derecho Civil Valenciano”, *Derecho Civil Valenciano (on-line)*, p. 9, que “Admitir, a través de la noción de desarrollo, una cierta vinculación de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil a la previa existencia de un derecho foral o especial lleva a la conclusión de que no todas las Comunidades pueden legislar con igual alcance. El factor histórico impone aquí unos límites que no pueden ser alterados por la Comunidad ni siquiera mediante su Estatuto. Esta es la consecuencia más importante de la llamada opción *foralista* de la Constitución, pues no sólo limita las Comunidades Autónomas que pueden tener competencia en materia civil sino también su alcance: el derecho civil, foral o especial, es a la vez presupuesto y contenido de la competencia autonómica”.

15 ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 18, 2014.

16 En este sentido, destaca RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Prospectiva del derecho civil foral valenciano*, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2012, p. 330 que “Este régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la situación familiar en relación con el menor, y el mantenimiento de los lazos de afectividad por parte de ambos progenitores. Se pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre los progenitores, que se puede producir en los casos de otorgar la convivencia a uno solo de ellos, y también se favorece la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones familiares”.

17 También se prevé otra excepción en el apartado sexto del art. 5 de la Ley 5/2011 referida a los supuestos en los que uno de los progenitores esté incurso “en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida,

tipo de custodia en su apartado cuarto, a saber, prevé la concesión de la misma a uno solo de los progenitores “cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior; y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”. Estamos, pues, ante una plasmación legal del principio de interés superior del menor al que posteriormente nos referiremos.

#### **IV. LA STC 16 NOVIEMBRE 2016 Y LA VIGENCIA EFECTIVA DE LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.**

Como anteriormente señalamos, la Ley 5/2011 fue declarada inconstitucional por la también mencionada STC 16 noviembre 2016. Además, previamente a la misma, el Tribunal Constitucional dictó la providencia de 19 julio 2011 y el auto 22 noviembre 2011 que vinieron a modificar la aplicación de la ley valenciana. Por un lado, la citada providencia suspendió la vigencia de la Ley 5/2011 desde la fecha de interposición del recurso, esto es, el 4 de julio de 2011. Por su parte, el auto acordó levantar la citada suspensión de la norma autonómica.

En este punto, debemos traer a colación el art. 164.1 CE. Este precepto destaca que “Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Pues bien, desde nuestra perspectiva, a pesar de que el art. 164.1 CE no se refiera expresamente a los efectos de otras disposiciones emanadas del Tribunal Constitucional –como tampoco lo hace la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional–, entendemos que debe aplicarse lo previsto para las sentencias, extensivamente, a todas las resoluciones del Tribunal –como los autos o las providencias–. Por lo tanto, estas últimas tendrán efectos frente a todos desde el día de su publicación en el BOE.

En cuanto a las razones que llevaron al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional la ley regional, muy resumidamente, se centran en la ausencia de prueba acerca, no tanto de la existencia, como de la vigencia de las costumbres valencianas en este ámbito en el momento de aprobación de la Constitución. Igualmente, por la falta de “acreditación de la pervivencia de otra institución civil diferente a la regulada, pero «conexa» a ella que pudiera servir de base para estimar que estamos ante la competencia de «desarrollo» de su Derecho civil propio”. En palabras del Tribunal, “no se ha aportado prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos que el art. 149.1.8 CE exige para que

---

la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas” o en los que 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.

la Comunidad Autónoma de Valencia pueda regular las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en uso de su competencia para conservar, desarrollar o modificar su propio derecho civil valenciano. Lo cual va a determinar el sentido de la presente resolución, ya que no se ha demostrado pervivencia de normas consuetudinarias que permitieran reconocer siquiera una referencia a costumbres vigentes hasta 1978, tras la derogación de los antiguos fueros del Reino de Valencia”.

No obstante, prevé un alcance limitado del pronunciamiento de inconstitucionalidad, ya que indica que no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas. Este hecho se debe a que entiende que las decisiones de los tribunales que aplicaron la Ley 5/2011 –con independencia del contenido de la misma– fijaron un régimen de custodia fundándose “en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor”. Asimismo, añade que “conforme al principio constitucional de seguridad jurídica, procede el mantenimiento de las referidas situaciones ya consolidadas con anterioridad al momento de la presente resolución”.

Por todo lo cual, concluye el Tribunal destacando que “los regímenes de guardia y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes, adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y en atención al superior beneficio de los menores, seguirán rigiéndose, tras la publicación de esta Sentencia, por el mismo régimen de guarda que hubiera sido en su momento ordenado judicialmente, sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 LEC”.

Con estas premisas, vamos a tratar de determinar la norma aplicable –esto es, el régimen general previsto en el Código civil o la Ley 5/2011– en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Para ello, vamos a dividir la exposición en cinco momentos temporales.

a) Situaciones producidas antes de la aprobación y vigencia de la Ley 5/2011.

Parece evidente que con carácter previo a la aprobación de la norma autonómica se aplica el Código civil. Sin embargo, conviene reparar en la *vacatio legis* que se contempla en la Disposición final cuarta de la Ley 5/2011. En este sentido, destaca que entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana. Como tal publicación se realizó el día 5 de abril del año 2011, la entrada en vigor se produjo el día 5 de mayo del mismo año. Por lo tanto, hasta el día 4 de mayo del año 2011 regiría el sistema general del Código civil y, a partir de esta fecha, lo dispuesto en la norma autonómica.

No obstante, encontramos problemas con el *dies a quo*. En este sentido, debemos aludir a lo dispuesto en las disposiciones transitorias primera y segunda de la citada norma. Por un lado, la primera indica que “A través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma”. Por su parte, la Disposición transitoria segunda prevé que “Esta ley será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor”.

De estos preceptos pueden obtenerse varias conclusiones. De una parte, que las situaciones consolidadas –es decir, en las que ya se haya pronunciado la autoridad judicial– bajo el régimen anterior –esto es, el Código civil– no deben ser revisadas. De otra parte, si bien no cabe la aplicación retroactiva de la norma autonómica a situaciones consolidadas, de ello no se deduce que si cabe una modificación de las medidas<sup>18</sup> por alterarse las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de establecerlas –como podría ser, por ejemplo, que el interés del menor aconseje otro régimen de custodia– no se deba acudir a esta ley<sup>19</sup>. No queda muy claro, sin embargo, porqué hace descansar esta aplicación al hecho de que alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten.

Así, DE VERDA Y BEAMONTE<sup>20</sup> pone de relieve que esta disposición se encuentra referida únicamente a los procedimientos pendientes de resolución en primera instancia y no los que estén en apelación<sup>21</sup>. Asimismo, señala el autor arriba citado que “hay que distinguir claramente lo que es la aplicación retroactiva de la Ley a situaciones ya juzgadas, que, obviamente, es improcedente, de lo que es una

18 Sobre la importante distinción entre medidas provisionales y definitivas, así como entre ambas y el convenio regulador, vid. GARCÍA ABURUZA, M. P.: *La Protección a la Familia desde los Procesos Matrimoniales*, Aranzadi, Madrid, 2009.

19 En este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana 6 septiembre 2013 (EDJ 2013, 190000) prevé que “En suma cabe afirmar que la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, viene a establecer que la modificación sobrevenida de las reglas de derecho derivada de la regulación legislativa de la Ley valenciana permite la revisión judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación anterior, respecto de casos concretos y cuando alguna de las partes o el Ministerio fiscal lo soliciten, mediante el procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas con arreglo a la legislación anterior en procesos de separación nulidad o divorcio con base a la modificación legislativa de las reglas contenidas en la nueva legislación valenciana, pues en definitiva la alteración de las reglas de derecho aplicables constituye una alteración de las circunstancias que llevaron a la adopción de uno u otro régimen de custodia”.

20 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El régimen de convivencia con los hijos menores de edad en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana (última jurisprudencia)”, *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 17, 2015, p. 14.

21 Asimismo, en este sentido se manifiestan algunas sentencias como la STSJ Comunidad Valenciana 24 enero 2012 (EDJ 2012, 118630).

revisión del régimen de custodia adoptada en su día, por la vía de la modificación de medidas por alteración sustancial de la circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de su establecimiento (90.III CC), las cuales tienen que ser apreciadas, con arreglo a la normativa autonómica vigente, en el que, a diferencia de lo previsto en el CC, el régimen de convivencia conjunta es la regla general, y el de convivencia en favor de uno de los progenitores, la excepción”.

b) Situaciones producidas tras la entrada en vigor de la Ley 5/2011 y hasta la providencia del Tribunal Constitucional.

Por su parte, por lo que respecta al *dies ad quem*, también se detecta cierta controversia. Como antes destacamos, la providencia suspendió la vigencia de la ley tomando como referencia la fecha de interposición del recurso de inconstitucionalidad, esto es, el 4 de julio del mismo año. No obstante, no queda claro qué ocurre con las guardas consolidadas bajo el amparo de la Ley 5/2011 –ya sean bajo contencioso o no– en el periodo transcurrido entre ambos momentos de referencia, es decir, entre los días 4 y 26 de julio de 2011 –fecha de publicación–. La prudencia y la propia seguridad jurídica parece que imponen una interpretación según la cual estas situaciones consolidadas no se vean afectadas, salvo que, obviamente, se detecte que el interés del menor –u otros dignos de protección– aconseja una modificación. Otra opción es considerar diferenciar entre los efectos entre las partes y frente a terceros. Desde esta perspectiva, para los primeros se produciría el cese el día 4 de julio de 2011 y para los segundos el 26 de julio del mismo año. Sin embargo, esta última interpretación no sería acorde a lo previsto en el art. 164.I CE que impone, en el ámbito de las sentencias, la plena eficacia *erga omnes*. En este sentido, entendemos que todas las cuestiones que el anterior artículo incluye para las sentencias deben aplicarse de forma extensiva a todas las resoluciones de este órgano.

De este modo, desde el 5 de mayo de 2011 hasta el 3 –y/o el 25– de julio del mismo año –con los matices expuestos– se aplicará la ley valenciana.

c) Situaciones producidas entre el 3 –y/o el 25– de julio de 2011 y el auto del Tribunal Constitucional.

En otro orden de cosas, no se plantean excesivas dificultades en este ámbito. Hay que tener en cuenta que, en este caso, el auto no incluye, de forma expresa, ninguna cuestión al respecto. Por lo tanto, los efectos del citado auto comenzaron a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado que, en nuestro caso, se produjo el día 3 de diciembre de 2011. De esta forma, en el periodo transcurrido entre el 4 –y/o el 26– de julio y el 2 de diciembre de 2011 se aplicará el Código civil.

d) Situaciones producidas entre el 3 de diciembre de 2011 y la STC 16 noviembre 2016.

En primer lugar, hay que tener presente que la STC 16 noviembre 2016 se publicó en el Boletín Oficial el 26 de diciembre de 2016. En este supuesto, el ejercicio parece muy sencillo: desde el 3 de diciembre de 2011 hasta el día antes de tal publicación –esto es, el 25 de diciembre de 2016– regirá lo dispuesto en la Ley 5/2011. Además, en un principio, es la solución por la que opta el Tribunal Constitucional, ya que, como vimos, señaló que el pronunciamiento de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas. Sin embargo, a tal interpretación conviene que hagamos una serie de puntualizaciones.

Por un lado, el Tribunal, implícitamente, opta por un grado de retroactividad medio. En otras palabras, todos los casos que se encuentren pendientes de resolución –y, obviamente, los que se inicien posteriormente– deberán regirse por el Código civil y no por la ley valenciana. Además, entendemos que cabe aplicar los mismos criterios que vimos anteriormente sobre la modificación de las medidas por alteración de las circunstancias –aplicándose, en este último caso, el régimen general–.

En otro orden de cosas, tampoco “las situaciones jurídicas consolidadas” se encuentran exentas de discusión<sup>22</sup>. Como anteriormente se señaló, de alguna forma, la sentencia hace descansar el mantenimiento de la vigencia de dichas situaciones en dos cuestiones: que se hubieran adoptado bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y que se hubiesen realizado en atención al superior beneficio de los menores. Por lo tanto, surge la duda de qué ocurre con aquellos supuestos en los que no haya intervenido el Ministerio Fiscal –escenario este, sin duda, anormal y utópico– y, lo que es más importante, con los casos en los que el interés del menor no haya sido tenido en cuenta. No obstante, con independencia de estas disquisiciones, lo cierto es que, en esta última coyuntura, la modificación de las medidas adoptadas se debería producir con independencia del pronunciamiento del Tribunal. Desde nuestra perspectiva, este extremo no depende de la norma aplicable, ya que la solución sería idéntica si rigiera el Código civil.

---

22 Así, destaca DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Qué es?”, cit., pp. 144-147 que “el cambio de la legislación aplicable no es una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al establecer el régimen de convivencia que permita su revisión al amparo del art. 90.III CC”. De esta forma, “la novedad resultante de la aplicación del art. 92 CC (tal y como actualmente es entendido por el TS) se resuelve en el terreno procesal: mientras que bajo la vigencia de la Ley 5/2011, como regla general, se acordaba la custodia compartida, salvo que se probara (señaladamente, a través de informes psicológicos) que el interés del menor aconsejara establecer una custodia monoparental, a partir de ahora, desaparece esa regla general de carácter preferencial, de modo que, a falta de acuerdo, corresponderá al progenitor que solicite un concreto régimen de custodia (cualquiera que sea este) probar que el mismo es el más beneficioso para el menor”.

Sin embargo, a nuestro parecer la sentencia se olvida de los asuntos en los que no existe un procedimiento contencioso entre las partes. La misma hace referencia únicamente a “las decisiones adoptadas por los órganos judiciales” y a los “los regímenes de guardia y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes”. En este sentido, no parece que la adopción o el establecimiento de la medida por parte del juez se refiera a la mera aprobación por parte del mismo del convenio regulador. En un principio, este extremo puede parecer baladí, pero tal conclusión se ve afectada si pensamos en el régimen supletorio aplicable en defecto de acuerdo. Si nos movemos en el Código civil, estaremos ante la custodia de uno de los padres. Por su parte, con la ley valenciana, será el de custodia compartida.

Esta problemática puede salvarse si atendemos al art. 92.6 CC o al art. 5.3 de la Ley 5/2011, ya que, en definitiva, someten el sistema de guarda y custodia que vaya a regir al examen previo por parte de la autoridad judicial.

Por supuesto, tras la STC 16 noviembre 2016 se aplicará nuestro Código civil.

## **V. REVISIÓN CRÍTICA DE LA STC 16 NOVIEMBRE 2016 Y APLICACIÓN DE SUS CRITERIOS POR OTROS TRIBUNALES: PRINCIPALES CONCLUSIONES.**

Para comenzar este análisis resulta interesante poner de relieve una cifra. Si atendemos a la última estadística de nulidades, separaciones y divorcios publicada por el Instituto Nacional de Estadística para el año 2017<sup>23</sup>, del total de procedimientos de este tipo producidos en España (102.341), en la Comunidad Valenciana se produjeron 11.864. Esta región, que ocupa el cuarto lugar en cifras absolutas, se sitúa en tercera posición en tasa por habitante (2,4). Estamos, pues, ante una comunidad en la que es muy frecuente que se disuelvan los matrimonios y, por tanto, sea necesario determinar un régimen de guarda y custodia.

Por otro lado, con tal de llevar a cabo un estudio más adecuado, conviene que dividamos el mismo en torno a dos cuestiones: de una parte, aquellas que podemos denominar de Derecho material –esto es, de contenido normativo– y, de otra, las formales –que afectan al sistema de competencias establecido–. No obstante, para desarrollar estas últimas sería necesario realizar una investigación histórica que, al margen de algunas puntualizaciones que podamos hacer, excede de la finalidad de esta obra. Teniendo en cuenta esta salvedad, pasemos al primer bloque.

23 [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176798&menu=ultiDat os&idp=1254735573206](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDat os&idp=1254735573206) (fecha de última consulta 17.09.2019).

En primer lugar, debemos tener en cuenta el interés superior del menor<sup>24</sup> –*favor filii*–. Este principio viene a implicar, en definitiva, que a la hora de tomar una decisión se adopte aquella que conlleve un mayor respeto a la promoción y respeto de sus derechos. De esta forma, se trata de conseguir que el menor pueda desarrollarse adecuadamente, teniendo una vida digna y con el mayor bienestar posible<sup>25</sup>.

Lo cierto es que encontramos distintos instrumentos que aluden a este principio<sup>26</sup>. En nuestro ordenamiento, se ha destacado por parte de la doctrina que, a pesar de no incluirse de forma directa, puede entenderse reconocido en el art. 39.4 CE<sup>27</sup>. Asimismo, el Código civil también hace referencia a este interés superior en diversos preceptos (como, por ejemplo, el art. 92.8 CC). Sin embargo, el reconocimiento expreso más relevante lo encontramos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial

- 
- 24 En puridad, aunque se hable de principio, dicha consideración debe entenderse como una mera licencia del lenguaje, ya que tiene una triple perspectiva. Por un lado, es un derecho de los menores, pues siempre deberá primarse el mismo al valorar los intereses en juego a la hora de tomar decisiones que les afecten. Por otro, supone un principio informador de todo el ordenamiento que obliga a interpretar las diferentes normas jurídicas optando, preferentemente, por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor. Por último, representa una verdadera norma de procedimiento en tanto en cuanto obliga a que el proceso incluya una estimación de las posibles repercusiones de la toma de decisión en los intereses de las niñas y niños. Como destaca OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El menor maduro ante el Derecho”, *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pp. 28-52: “Puede afirmarse, sin miedo alguno a incurrir en una exageración indebida, que el interés superior del menor es un principio general del derecho de carácter universal, como lo demuestra el hecho de que se recoja expresamente en un nutrido conjunto de Convenciones y textos internacionales (...) Efectivamente, el interés superior del menor es un criterio que, en su condición de principio general, informa indefectiblemente la totalidad del régimen jurídico de la minoría de edad o, como indica el artículo 211-6.I CCCat., inspira cualquier decisión que afecte al menor”.
- 25 Estas cuestiones pueden estudiarse, de un modo mucho más completo, en PÉREZ UREÑA, A. A.: “El interés del menor y la custodia compartida”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 26, 2005, pp. 275-278; y en DE TORRES PEREA, M. A.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.
- 26 En este sentido, encontramos varios instrumentos normativos de carácter internacional que aluden a este interés superior del menor como la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países) o la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Por su parte, en el ámbito europeo también se ha recogido el interés del menor en algunos instrumentos como el Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia de 20 de mayo de 1980, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, o el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. De hecho, el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa recogía esta cuestión en su art. II-84.
- 27 En este sentido, ZAERA NAVARRETE, J. I.: “La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 800, destaca que “La Convención de Derechos del Niño, declara en su art. 3.1 que ‘en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño’, y en la medida que nuestra Constitución reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos —de forma especial la referida Convención— el principio del interés superior del menor adquiere rango constitucional en su art. 39.4”. Igualmente, *vid.* de PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006, pp. 77-134.

del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, el art. 2.1 de la citada norma destaca que “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Como se observa, estamos ante un concepto jurídico indeterminado<sup>28</sup> que opera como una suerte de garantía general que ha de inspirar tanto la acción de los poderes públicos como la propia interpretación del ordenamiento jurídico. En este sentido, destacan ALGARRA PRATS y BARCELÓ DOMÉNECH<sup>29</sup> que “El interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado. El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Por ello, una vez planteado un determinado conflicto que afecte al menor, en primer lugar, procederá concretar cuál será el bien del niño en dicho supuesto concreto. El interés superior del menor prevalece sobre cualquier otro concurrente y, en consecuencia, constituye el centro de gravedad de la mediación familiar que se esté llevando a cabo”.

No obstante, para tratar de salvar la indeterminación y el carácter abstracto del concepto la citada Ley Orgánica 1/1996 incluyó una serie de “criterios generales” (art. 2.2) para interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor y unos “elementos generales” (art. 2.3) para ponderar los anteriores criterios. Asimismo, tanto la doctrina constitucional<sup>30</sup> como la jurisprudencia<sup>31</sup> se han hecho eco de este extremo. En este sentido, el Tribunal Supremo ha tratado de establecer una serie de reglas para valorar el interés del menor, como se observa en la STS 8 octubre 2009<sup>32</sup>—pautas estas reiteradas en otras sentencias posteriores como la citada STS 10 enero 2012—.

28 En este sentido, QUINZA ALEGRE, A.: “Ley valenciana de custodia compartida. Hitos e impacto social”, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 60, fasc. 1, 2015, p. 153 pone de relieve que “No hay que olvidar que el interés superior del menor es un concepto jurídico de difícil delimitación, un tanto impreciso que no puede aplicarse de manera sistemática y que irá siempre en función de las circunstancias del caso concreto”.

29 Vid. ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015, p. 793.

30 En este sentido, *vid.*, entre otras, SSTC 25 noviembre 2002 (EDJ 2002, 53169), 19 abril 2004 (EDJ 2004, 23364), 22 diciembre 2008 (EDJ 2008, 253070) o 17 octubre 2012 (EDJ 2012, 224014). Asimismo, más recientemente también se han pronunciado en estos términos SSTC 5 julio 2018 (EDJ 2018, 526198) y 9 mayo 2019 (EDJ 2019, 574535).

31 En este sentido, *vid.*, entre otras, SSTS 27 marzo 2001 (EDJ 2001, 5525), 10 enero 2012 (EDJ 2012, 15742), 14 julio 2015 (EDJ 2015, 136051) o 15 diciembre 2017 (EDJ 2017, 262639).

32 STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009, 234619).

Pues bien, desde nuestra perspectiva, la regulación contenida en la Ley 5/2011, lejos de contradecir los principios civiles del Código civil, mantiene y actualiza estos mandatos a las exigencias de la sociedad –valenciana– y del interés del menor. En este sentido, establece la custodia compartida –a diferencia del Derecho común– como sistema supletorio y prevalente por entender que, con carácter general, es el más beneficioso para los hijos<sup>33</sup>. Sin que puedan establecerse conclusiones absolutas, entendemos que, salvo excepciones, lo más adecuado es que el menor mantenga una convivencia con ambos progenitores –más allá de un mero régimen de visitas–. Sin ánimo de llevar a cabo un análisis que precisaría conocimientos psicológicos<sup>34</sup> y sociológicos, creemos que el desarrollo correcto de los menores se encuentra favorecido con la atención de los dos padres. De ello no se sigue que tal desarrollo precise siempre y en todo caso de esta convivencia compartida, pero es innegable que, al menos en principio, este extremo lo facilita. De hecho, si recuperamos el anterior estudio del Instituto Nacional de Estadística, podemos observar cómo la atribución de la custodia compartida (entre cónyuges de diferente sexo) sigue en alza<sup>35</sup>. De alguna forma, este dato pone de manifiesto que la sociedad ha evolucionado y que, cada vez con más frecuencia, se entiende que este tipo de custodia es más óptimo.

Asimismo, la jurisprudencia también se ha mostrado favorable a esta modalidad de convivencia compartida<sup>36</sup>, destacando que es el sistema “normal e incluso deseable”. Igualmente, las audiencias provinciales también se han hecho eco de estas cuestiones. A modo de ejemplo, la SAP Barcelona 26 mayo de 2016<sup>37</sup> destaca que el juez debe valorar la prueba practicada “desde el principio de la custodia compartida y, en su caso, bien porque resulte justificada la falta de habilidades parentales en uno de los progenitores, bien porque se acrediten unas concretas circunstancias que determinarán un mayor beneficio para el hijo y así se expresen y valoren en la argumentación de la decisión judicial, establecer la guarda monoparental”. En iguales términos se manifiesta la SAP Alicante 6 febrero 2017<sup>38</sup>.

33 En este ámbito, se ha aludido por parte de la doctrina al principio de corresponsabilidad parental que, en cierta forma, sirve como fundamento para dar preferencia a la custodia compartida. Sobre estas cuestiones, entre otros, *vid.* LATHROP GÓMEZ, F.: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *La Ley*, núm. 7206, 2009, pp. 2031-2038; CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012; VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades”, en AA.VV.: *La Custodia Compartida a Debate* (ed. por T. PICONTÓ NOVALES), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 77-99; QUINZÁ ALEGRE, A.: “Ley valenciana”, *cit.*, pp. 144-163; MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda*, *cit.*, pp. 45-49.

34 En este sentido, CLEMENTE DÍAZ, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Síntesis, Madrid, 2014, p. 75, pone de relieve los problemas derivados de la guarda y custodia atribuida a un solo de los progenitores.

35 Como refleja este estudio, en el año 2016 la custodia compartida representó el 28'3% frente al 24'7% del año anterior. Asimismo, en el año 2017 tal cifra se elevó a un total de 30'2%, lo que refleja, sin duda, un aumento de este tipo de régimen en detrimento de otras modalidades.

36 En este sentido, *vid.*, entre otras, SSTs 25 noviembre 2013 (EDJ 2013, 239137), 16 febrero 2015 (EDJ 2015, 8536), 20 septiembre 2016 (EDJ 2016, 157695) y 21 diciembre 2016 (EDJ 2016, 232473).

37 SAP Barcelona 26 mayo 2016 (EDJ 2016, 303474).

38 SAP Alicante 6 febrero 2017 (EDJ 2017, 86270).

En otro orden de cosas, debemos reparar en la problemática competencial. Para ello, vamos a partir de las premisas que establece el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular –que también presentó en los procesos de inconstitucionalidad de las otras dos leyes valencianas impugnadas–. El primer grupo de objeciones vienen referidas al aumento competencial de la Comunidad Valenciana tras la reforma de su Estatuto de Autonomía en el año 2006 y que, a su juicio, no ha sido valorada adecuadamente. En este sentido, si atendemos a la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía y el art. 7.1 de la misma norma lo cierto es que se “hace prevalecer sin lugar a dudas la interpretación de que en ella se trata de la recuperación de la normativa histórica de la Comunidad Valenciana vinculada a los antiguos fueros (...) y así se deduce también del devenir histórico de su aprobación”. No obstante, si se entendía que el Derecho histórico valenciano no cabe en la Constitución “habría sido necesario que el Tribunal se hubiera planteado la constitucionalidad de la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía, pues así lo ordena la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

Por otro lado, no puede obviarse que si la previsión de la actualización de derechos históricos se refiere a sistemas vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución carece de sentido, ya que, en puridad, no se hablaría de recuperación de Derechos históricos sino, simplemente, de conservación. Entender la expresión “allí donde existan” de tal forma supone una interpretación restrictiva que no es la mantenida por nuestra Carta Magna. Desde nuestro punto de vista, la propia elección de este momento temporal –la vigencia de la Constitución– supone una decisión arbitraria y que genera indefensión. Lógicamente, se debe requerir que estas identidades históricas plasmadas jurídicamente –ya sea por escrito, ya como costumbre– se hayan mantenido a lo largo de un periodo razonable de tiempo, pero no parecen existir razones –o al menos no se exponen en la sentencia– que justifiquen escoger esta fecha y no otra. La finalidad es, precisamente, que los territorios puedan recuperar aquellas regulaciones que – como en el caso de la Comunidad Valenciana con los *Furs*<sup>39</sup> tras el Decreto de Nueva Planta de 1707–, fueron derogadas de forma injusta.

Además, se observa un tratamiento discriminatorio en este ámbito<sup>40</sup>, ya que en “los derechos históricos por antonomasia, es decir, de los pertenecientes en

39 En este ámbito, cabe destacar la existencia del “Arxiu Virtual Jaume I” que transcribe, traduce, estudia y publica los *Furs* y *Actes de Corts*. Sin duda, facilita la labor de análisis en este ámbito. Este archivo puede visualizarse en: <http://www.jaumeprimer.uji.es/cgi-bin/fursv/?idioma=1> (fecha de última consulta 17.09.2019).

40 En este sentido, destaca MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda*, cit., p. 91 que “En lo que respecta a los Derechos catalán y vasco, considero que la existencia de una materia conexa a la guarda y custodia en sus Compilaciones anteriores a la Constitución resulta menos evidente. En el Derecho catalán, tal vez podría buscarse en el Libro I de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960, relativo a «la familia». No obstante, no recoge reglas relativas a las relaciones paterno-filiales ni a los efectos de la ruptura matrimonial. Semejante es la situación en el Derecho vasco, en el que la materia conexa a la guarda

el ámbito del Derecho público al País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, resulta una evidencia histórica que no todos los derechos reconocidos en este ámbito territorial estaban vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, pues el concierto económico para Guipúzcoa y Vizcaya se restauró prácticamente de forma contemporánea a la Constitución, tras un largo periodo de supresión, y otros derechos históricos, como la existencia de una policía propia en el País Vasco, se remontan a realidades históricas anteriores”.

Igualmente, el propio criterio de conexión con figuras similares ha sido empleado con gran flexibilidad por parte de la jurisprudencia constitucional y “no cabe descartar que pudiera encontrarse alguna conexión de esta naturaleza con las instituciones consuetudinarias valencianas ya reconocidas como Derecho foral y que han pasado a ser Derecho legislado”. Máxime porque la actualización de las figuras existentes y su adaptación a los principios y valores constitucionales pueden difuminar sus contornos y dificultar la tarea. Además, entendemos que para mantener una interpretación como la sostenida por el Tribunal Constitucional sería necesario un análisis más exhaustivo, indagando en la propia evolución histórica de la Comunidad<sup>41</sup>. No nos parece suficiente aludir a la ausencia de prueba como criterio último para negar la identidad social, cultural y jurídica de una región.

Sobre el carácter consuetudinario de este Derecho foral y su falta de prueba, cabe destacar que las propias dificultades que rodean a esta fuente del Derecho y a la demostración de la misma han de ser tenidas en cuenta y no debería exigirse una carga probatoria tan detallada de su existencia y vigencia actual. En este sentido, no pueden aplicarse las mismas pautas que a una norma escrita, ya que de otro modo se vaciaría de contenido a las normas consuetudinarias, perdiendo su propia razón de ser e imposibilitando su subsistencia. Tras ello, concluye destacando que los Derechos forales han de conceptualizarse como “subsistemas jurídicos completos, autosuficientes, modernos y susceptibles de desarrollo (y no como realidades fragmentarias premodernas reconocidas provisionalmente con carácter subordinado al Derecho común)”.

---

y custodia quizá pueda buscarse en el Título II del Libro I De la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959, relativo a «*la troncalidad*», pero tampoco se recogen en él las relaciones paterno-filiales ni a los efectos de la ruptura matrimonial”.

Además, esta disparidad de criterios del Tribunal Constitucional también puede observarse en la reciente STC 13 noviembre 2019 (EDJ 2019, 731336). De esta forma, parece que en función de la Comunidad sobre la que se presente el recurso y que, por tanto, esté siendo sometida a análisis cabe esgrimir unos argumentos u otros.

41 A modo de ejemplo, encontramos un estudio de este tipo en MASFERRER, A. y OBARRIO MORENO, J. A.: *La formación del Derecho Foral Valenciano*, Dykinson, Madrid, 2012; CORREA BALLESTER, J.: “El Derecho Civil Valenciano Histórico”, *Derecho Civil Valenciano (on-line)*, pp. 1-47.

Además, hay que tener en cuenta que “Efectivamente, es difícil saber qué supuso la abolición de los Fueros — llevada a cabo por Decreto de Felipe V de 29 de junio de 1707— en punto a las instituciones que venían rigiéndose por ellos, pues carecemos de estudios sobre el particular”. En este sentido, *vid.* CLEMENTE MEORO, M.: “Los arrendamientos históricos valencianos”, *Derecho Civil Valenciano, (on-line)*, p. 1.

Por su parte, PLAZA PENADÉS<sup>42</sup> también se manifiesta en contra de los criterios manejados por el Tribunal Constitucional. Hay que tener en cuenta que, a pesar de que estas observaciones se realicen a la sentencia sobre la ley valenciana de régimen económico matrimonial, sus conclusiones son igualmente extrapolables aquí, ya que los criterios manejados en ambos casos son similares. Así, destaca el autor arriba citado que evidencia “el carácter injusto y profundamente discriminatorio que tiene esta Sentencia, pues determina que el artículo 149 regla octava de la Constitución, que inicialmente establecía dos niveles competenciales (el de las comunidades autónomas con competencia en derecho civil propio y el de las comunidades autónomas que no tenían derecho civil propio) ahora tenga un tercer nivel: el derecho civil valenciano, que es el único que queda limitado a las instituciones que han sobrevivido en forma de costumbre, lo que en la práctica lo sitúa al nivel de las comunidades autónomas que no tienen competencia sobre derecho civil propio. Por ello, ha habido quien ya ha planteado la conveniencia de impugnar esta sentencia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya que es manifiestamente discriminatoria”.

Todo lo anterior provoca que nos preguntamos acerca de la situación en la que, en la actualidad, se encuentra el Derecho foral valenciano. No puede perderse de vista que ningún precepto del Estatuto de la Comunidad Valenciana ha sido derogado y que, por tanto, sus mandatos continúan en vigor. Sin embargo, “la restricción impuesta por el TC a la competencia del legislador valenciano, limitándola al desarrollo, en su caso, de normas forales consuetudinarias vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución (normas, por otra parte, ya recogidas y sistematizadas en la Ley 3/2013 sobre contratos agrarios), no sólo vacía de contenido el art. 7.1 EACV (porque impide *de iure* la posibilidad de recuperar y reintegrar, actualizadas, las disposiciones los Fueros), sino que, con ello, plantea al legislador valenciano una auténtica paradoja: por un lado el principio de *foralidad* (que no ha sido derogado, ni declarado inconstitucional) le obliga a rescatar el derecho foral; pero, por otro lado, la restricción impuesta por la STC 82/2006 le prohíbe *reintegrar* las disposiciones forales en cualquier acción legislativa con la que se pretenda regular una materia. Recordemos, además, que dicho principio no sólo se proyecta sobre el ámbito civil”<sup>43</sup>.

Asimismo, destaca muy acertadamente DE VERDA Y BEAMONTE<sup>44</sup> que la importancia de las sentencias del Tribunal Constitucional radica “no solo en la declaración de inconstitucionalidad de la legislación civil autonómica valenciana en

42 PLAZA PENADÉS, J.: “Soluciones para la «plena» recuperación de la competencia en derecho civil valenciano”, *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, p. 1.

43 En este sentido, *vid.* TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.: “El sentido del artículo 7 del Estatut d’Autonomia de la Comunitat Valenciana después de la STC 82/2016, de 28 de abril”, *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, p. 9.

44 *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Qué es?”, *cit.*, pp. 112-113.

materia de derecho de familia, sino también en que, con ellas, queda desautorizada la tesis, según la cual la modificación del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana (EACV), llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, autorizaba a esta para legislar sobre cualquier materia que hubiera formado parte del derecho histórico del Antiguo Reino de Valencia, que, como es sabido, fue derogado por Felipe V a través del Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707". A este respecto, la doctrina ha tratado de indagar sobre los procedimientos posibles para tratar de continuar desarrollando el Derecho valenciano. En este sentido, se habla de dos vías directas –la consuetudinaria y la foralista– y otra indirecta –que aparece representada por los títulos competenciales distintos al Derecho civil, pero con incidencia en este sector–. En palabras de VERDERA SERVER<sup>45</sup>, "Las vías directas son la vía consuetudinaria y la vía foralista. La vía indirecta se apoya en títulos competenciales distintos al Derecho civil, pero con indudable incidencia en este sector del ordenamiento. El cierre de la vía foralista, basada en la reforma estatutaria de 2006, a partir de la STC 82/2016, de 28 de abril, amplía la transcendencia de las otras dos vías. Teniendo la vía consuetudinaria un alcance relativamente limitado, se plantea la posibilidad de que pase a primer término la vía indirecta, esto es, la regulación jurídico-privada a través de títulos competenciales distintos a la legislación civil. Sin embargo, como se explica a continuación, esta posibilidad, que tuvo cierto impacto durante algunos años, está siendo progresivamente limitada por el Tribunal Constitucional hasta el punto de que hoy puede considerarse, si no cambian las circunstancias, como una vía muerta".

Por último, para finalizar nuestro estudio debemos preguntarnos acerca de la aplicación del régimen de custodia por los tribunales de la región valenciana para determinar si continúan optando por la custodia compartida –como prevé la Ley 5/2011–. En este sentido, si atendemos a los resultados ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística<sup>46</sup>, observamos un descenso en este sistema tanto en las separaciones como en los divorcios. En ambos casos, en el año 2017 se vio interrumpido el aumento que se venía produciendo con anterioridad –en las separaciones, se pasó de 95 a 77 y en los divorcios de 2729 a 2494–. Además, el hecho de que el total de procedimientos de este tipo se redujera en este año no es revelador, pues también en otros periodos la cantidad era inferior y, sin embargo, crecieron las custodias compartidas. Igualmente, cabe destacar que, a pesar de la reducción, en los divorcios continúa siendo una cifra muy superior a los años 2013, 2014 y 2015. No obstante, tales datos únicamente se refieren al periodo comprendido entre los años 2013 y 2017, por lo que, de su análisis, no

45 Vid. VERDERA SERVER, R. A.: "¿Otra vía muerta? El alcance de las llamadas competencias funcionales o conexas en la interpretación del Tribunal Constitucional", *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-2.

46 [http://ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176798&menu=resultados&sec=1254736194764&idp=1254735573206](http://ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=resultados&sec=1254736194764&idp=1254735573206) (fecha de última consulta 17.09.2019).

pueden obtenerse conclusiones definitivas –para ello, sería necesario contar con los de los años 2018 y 2019–.

Sin ánimo de llevar a cabo un análisis exhaustivo sobre las resoluciones judiciales en este campo, lo cierto es que encontramos sentencias posteriores a la declaración de inconstitucionalidad que recurren a esta modalidad de convivencia compartida. Ejemplo de ello es la ya citada SAP Alicante 6 febrero 2017. Igualmente, también la SAP Valencia 27 marzo 2018<sup>47</sup> escoge este régimen como es más adecuado para el interés del menor. Sin embargo, debemos llamar la atención sobre un aspecto. No puede perderse de vista que, como hemos visto, el Tribunal Supremo, modificando su doctrina, estableció una suerte de jurisprudencia según la cual esta clase de guarda y custodia es más beneficiosa para los hijos. Por lo tanto, el recurso a esta última no supone un ejercicio excesivamente complejo, pues únicamente basta con acudir a los criterios del Alto Tribunal. De este modo, no puede determinarse con claridad si las sentencias emitidas en la Comunidad Valenciana siguen, subrepticamente, aplicando la Ley 5/2011 o si, por el contrario, se limitan a mantener el camino marcado por este último.

---

47 SAP Valencia 27 marzo 2018 (EDJ 2018, 93642).

## BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2015.

ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.:

“Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015.

“El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 18, 2014.

CLEMENTE DÍAZ, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Síntesis, Madrid, 2014.

CLEMENTE MEORO, M.: “Los arrendamientos históricos valencianos”, *Derecho Civil Valenciano*, pp. 1-34, <http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/obligaciones-y-contratos-y-proteccion-de-consumidores/item/179-los-arrendamientos-historicos-valenciano-por-mario-clemente-meoro> (fecha de última consulta 17.09.2019).

COBACHO GÓMEZ, J. A.: “Los derechos civiles forales o especiales tras la Constitución de 1978”, *Anales de derecho*, núm. 7, 1985.

CORREA BALLESTER, J.: “El Derecho Civil Valenciano Histórico”, *Derecho Civil Valenciano*, pp. 1-47, <http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/introduccion-al-derecho-foral-y-al-derecho-civil-valenciano/item/168-el-derecho-civil-valenciano-historico-por-jorge-correa> (fecha de última consulta 17.09.2019).

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006.

DE TORRES PEREA, M. A.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, lustel, Madrid, 2009.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

“El régimen de convivencia con los hijos menores de edad en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana (última jurisprudencia)”, *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 17, 2015.

“¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017.

GARCÍA ABURUZA, M. P.: *La Protección a la Familia desde los Procesos Matrimoniales*, Aranzadi, Madrid, 2009.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P.: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de las leyes?*, Civitas, Navarra, 2010.

LATHROP GÓMEZ, F.: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *La Ley*, núm. 7206, 2009.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “La responsabilidad de los padres por daños a sus hijos menores en casos de alimentación inadecuada”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019.

MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*, Tesis Doctoral (Dir. M. V. MAYOR DEL HOYO/C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Universidad de Zaragoza, Consejo Económico y Social de Aragón, 2019.

MASFERRER, A. y OBARRIO MORENO, J. A.: *La formación del Derecho Foral Valenciano*, Dykinson, Madrid, 2012.

PÉREZ UREÑA, A. A.: “El interés del menor y la custodia compartida”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 26, 2005.

PINTO ANDRADE, C.: “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 8, núm. 9, 2015.

PLAZA PENADÉS, J.:

“El derecho civil, los derechos civiles forales o especiales y el derecho civil autonómico”, *Revista de Derecho civil Valenciano*, núm. 12, 2012.

“Soluciones para la «plena» recuperación de la competencia en derecho civil valenciano”, *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El menor maduro ante el Derecho”, *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014.

QUINZÁ ALEGRE, A.: "Ley valenciana de custodia compartida. Hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 60, 2015.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Prospectiva del derecho civil foral valenciano*, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2012.

SALVADOR CRESPO, M.: *Autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Barcelona, 2007.

TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.: "El sentido del artículo 7 del Estatut d'Autonomía de la Comunitat Valenciana después de la STC 82/2016, de 28 de abril", *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016.

VERDERA SERVER, R.:

"Incidencia de la costumbre en el Derecho Civil Valenciano", *Derecho Civil Valenciano*, <http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/costumbres-valencianas/item/172-incidencia-de-la-costumbre-en-el-derecho-civil-valenciano> (fecha de última consulta 17.09.2019).

"¿Otra vía muerta? El alcance de las llamadas competencias funcionales o conexas en la interpretación del Tribunal Constitucional", *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades", en AA.VV.: *La Custodia Compartida a Debate* (ed. por T. PICONTÓ NOVALES), Dykinson, Madrid, 2012.

ZAERA NAVARRETE, J. I.: "La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.