



**ACTUALIDAD JURIDICA
IBEROAMERICANA**

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, I-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Dirección web: www.idibe.org

Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es
Diagramación:
Elias On
elias.on@live.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

SUMARIO



DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 01/ España y el Comité de Derechos Humanos. Valentín Bou Franch (España).. 14
- 02/ Discapitados, incapaces e incapacitados. Problemas en torno a la nulidad y anulabilidad de sus actos. Borja del Campo Álvarez (España) 60

B) DERECHO DE FAMILIA

- 03/ Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad del dictamen médico versus su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art. 56 del Código civil. Amelia Sánchez Gómez (España)..... 84
- 04/ La inserción del notorio arraigo en la regulación matrimonial del Código civil español. Diego Torres Sospedra (España)..... 116
- 05/ Guarda, custodia y tutela de los menores en los casos de progenitores con discapacidad. Virginia Múrtula Lafuente (España)..... 138
- 06/ Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores. Javier Martínez Calvo (España)..... 176
- 07/ Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. David Aviñó Belenguer (España)..... 194
- 08/ Los problemas de la conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida. Esther Alba Ferré (España) 220

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 09/ La interposición ficticia de persona como forma de simulación. Isabel J. Rabanete Martínez (España)..... 246
- 10/ La ignorada acción directa del arrendatario-usuario en el contrato de leasing. Federico Arnau Moya (España). 332

D) DERECHOS REALES

- 11/ Claves actuales de la denominada hipoteca inversa. Ubaldo Nieto Carol (España)..... 364

E) DERECHO DE SUCESIONES

- 12/ L'auspicata unitarietà delle successioni nel sistema europolitano e il superamento del divieto di patti successori. Salvatore Aceto di Capriglia (Italia)..... 408
- 13/ Personas con discapacidad y libertad para testar. Paloma de Barrón Arniches (España)... 448

F) DERECHO MERCANTIL

- 14/ La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español. Carlos Gómez Asensio (España) 472

G) DERECHO Y BIOÉTICA

- 15/ Respuestas jurídicas a conceptos controvertidos: transexualidad, cambio de sexo e intersexualidad, ablación y circuncisión. Elena Atienza Macías (España)..... 512
- 16/ Suicidio asistido, dignità e dolce misericordia. Susanna Sandulli (Italia)... 536
- 17/ El derecho de la infancia y la adolescencia a una muerte digna. Fabiola Meco Tébar (España)..... 554

H) DERECHO DEL DEPORTE

- 18/ Sport femminile e discriminazioni di genere: la riforma del lavoro sportivo in Italia. Emanuele Indraccolo (Italia)..... 594

I) DERECHO COMPARADO

- 19/ Legitimación de los cónyuges para disponer de los bienes comunes bajo un régimen de sociedad de gananciales. estudios de Derecho español y peruano. Romina Santillán Santa Cruz (Perú)..... 620

CUESTIONES DE INTERÉS JURIDICO

- 20/ Daños morales derivados de la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial. José Ramón de Verda y Beamonte (España)..... 660
- 21/ Custodia compartida y violencia de género: perspectivas de presente y de futuro. Sara Guirado Capilla y Francisca Ramón Fernández (España)... 676
- 22/ La regulación de la guarda y custodia de los hijos en el entorno europeo. Javier Martínez Calvo (España).. 698
- 23/ El desplazamiento en el régimen de comunicación y estancia. Gonzalo Muñoz Rodrigo (España) 728
- 24/ La conflictividad en el cumplimiento del régimen de visitas por el progenitor custodio y su persecución penal tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. Miriam Pacho Jiménez (España)..... 746
- 25/ Il diritto del minore a ricevere amore. Rosita Lifrieri (Italia)..... 762

- 26/ La legítima formal como límite o medio de protección de la voluntad del testador. Sara Zubero Quintanilla (España)..... 778
- 27/ Fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo: artículo 831 del Código civil. María Patricia Vives Velo de Antelo (España)..... 796

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 28/ Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio. José Ramón de Verda y Beamonte (España)..... 820

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 29/ Inexistencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción de reclamación de cantidades indebidamente cobradas. Comentario a la STS de España núm. 243/2019, de 24 abril 2019. Federico Arnau Moya (España)..... 832
- 30/ Cláusula rebus sic stantibus y bonos estructurados. Comentario a la STS de España núm. 5/2019, de 9 de enero. Alvaro Bueno Biot (España)..... 846

PANORAMA

- 31/ Derecho foral valenciano y Derecho civil valenciano. Reflexiones para una recuperación y desarrollo constitucional de nuestro Derecho. Carolina del Carmen Castillo Martínez (España)..... 866
- 32/ ¿El art. 1424 cod. civ. como canon interpretativo del negocio inválido? Notas relativas al nuevo papel integrativo-funcional del juez sobre los actos de autonomía privada. Francesco La Fata (Italia). 890

RECENSIONES

- 33/ Frezza, G.: *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, pp. 1-200. José Ramón de Verda y Beamonte 908

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Vincenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Gírgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

D. Fabricio Mantilla Espinosa

Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Orlando Parada Vaca

Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald

Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios

Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena

Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano

Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Angelone

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Luis de las Heras Vives

Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua

Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez

Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Pietro Virdagamo

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

Dra. Sonia Rodríguez Llamas

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: D. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Abogado

Doña Belén Andrés Segovia

Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

Dr. Adrián Arrebola Blanco

Becario Postdoctoral del Departamento de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis

Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

D. Borja del Campo Álvarez

Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Doña Ilka María Domínguez García

Profesora de Derecho Civil, Universidad de La Habana, Cuba

Dra. Maria Cristina Cervale

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

D. Jorge Enriquez Sordo

Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira

Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García

Abogado

D. Giuseppe Garofalo

Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Fernando Hernández Guijarro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata

Assegnista di ricerca, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina

Becario Postdoctoral del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Javier Martínez Calvo

Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad San Jorge, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Carla Pernice

Becaria de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso

Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez

Profesora Asociada del Departamento de Derecho civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti

Becario de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia.

Dr. Valerio Rotondo

Assegnista di ricerca, Universidad de Molise, Italia

Dr. Eduardo Taléns Visconti

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins

Professora Auxiliar na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Angelo Vigliani Ferraro

Professore Associato di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio, Calabria, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla

Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España



**CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA DE GÉNERO:
PERSPECTIVAS DE PRESENTE Y DE FUTURO***

***SHARED CUSTODY AND GENDER VIOLENCE: PERSPECTIVES OF
PRESENT AND FUTURE***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 676-697

* Trabajo realizado en el marco del marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-I00 (2019-2022)



Sara GUIRADO
y Francisca
RAMÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Se analizará la custodia compartida y la situación de violencia de género de uno de los progenitores con un análisis comparado de su regulación a nivel nacional, foral y autonómico. Los cambios sociales y la postura de la doctrina y jurisprudencia van a definir un modelo de custodia compartida deseable y aconsejable, si bien habrá de probarse y justificarse que dicho modelo es el más conveniente al interés del menor.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida; violencia de género; legislación valenciana; Código civil.

ABSTRACT: *The shared custody and the situation of gender violence of one of the parents will be analyzed with a comparative analysis of their regulation at national, foral and autonomous levels. Social changes and the stance of doctrine and jurisprudence will define a desirable and advisable shared custody model, although it will be necessary to prove and justify that such model is most appropriate to the interests of the child.*

KEY WORDS: *Shared Custody; gener violence; Valencian foral law; Civil Code.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO.- I. Efectos de la custodia compartida en relación con una situación de violencia de género: distinciones y efectos.- III. LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA EN LA COMUNITAT VALENCIANA TRAS LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 5/2011: CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.- I. La aplicación de la legislación estatal. - A) Regulación en el Código civil español.- B) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.- C) Ley 3/2007, de 27 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.- D) Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género y Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.- E) Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de género y otras formas de violencia contra la mujer.- 2. La aplicación de la legislación autonómica valenciana.- A) Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana y la actual Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El número de demandas de disoluciones matrimoniales, separaciones y divorcios, se incrementaron un 1,2% en los últimos tiempos, según los datos recogidos por el Servicio de Estadística del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y publicados en “El periódico” el pasado año 2018. Es por ello que surge la necesidad y la aplicación de una legislación sobre el tema a tratar.

Además de lo expuesto, las relaciones personales entre los cónyuges, pueden derivar en serios conflictos tras situaciones de crisis matrimoniales o de pareja, si bien es cierto, que por sí mismas no se puede determinar la guarda o custodia de los hijos menores de edad, ahora bien, en situaciones de violencia de género el propio Código Civil, concretamente en su art. 92.7 impide rotundamente acordar la guarda y custodia compartida, debido a situaciones difíciles y conflictivas.

Es necesario introducir el concepto de violencia de género, ya que la Comunidad Valenciana no había declarado este ítem hasta la Ley Orgánica 5/2011,

• Sara Guirado Capilla

Sara Guirado Capilla: Master en Gestión Administrativa, Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: sara001994@hotmail.com

• Francisca Ramón Fernández

Francisca Ramón Fernández: Profesora Titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es

de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven¹ (en adelante LRF 5/2011), que fue aprobada por las Cortes Valencianas con fecha, 1 de abril de 2011, y su fin primordial, no era otro que el de crear y conseguir una legislación autonómica sobre las relaciones familiares y, de esta manera tener una legislación propia adaptada a los problemas planteados en la Comunidad sobre custodia de los menores cuando los progenitores dejan de convivir, y así poder dejar al margen la regulación que hasta el momento se estaba llevando a cabo. Como ya sabemos, dicha LRF fue declarada inconstitucional.

En este trabajo se va a realizar un análisis pormenorizado sobre la situación posterior una vez declarada la inconstitucionalidad de la misma por STC 192/2016, de 16 de noviembre².

II. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

I Efectos de la custodia compartida en relación con una situación de violencia de género: distinciones y efectos.

En primer lugar, se introducen varias definiciones sobre la “violencia de género” según diferentes fuentes. La OMS define el concepto de violencia como “el uso intencional de la fuerza física o el poder contra uno mismo, hacia otra persona, grupos o comunidades y que tiene como consecuencias probables lesiones físicas, daños psicológicos, alteraciones del desarrollo, abandono e incluso la muerte”³.

La doctrina refleja que la violencia de género es un ámbito difícil de analizar puesto que se pueden llegar a varias conclusiones, dependiendo del punto de vista a tratar, por lo que la definición no será igual desde una perspectiva u otra, ni un penalista la definirá igual que un civilista⁴. La violencia supone la violación de la integridad personal, se suele entender cuando interviene fuerza física o su amenaza, pero también en los casos en que se actúa causando indefensión en la otra persona⁵.

Para hablar sobre los efectos de custodia compartida cuando nos centramos en violencia de género, se debe analizar, el art. 92.5 del CC, se encuentra regulada la custodia compartida, una modalidad que se puede acoplar a los progenitores de una manera normalizada, o cuando llegasen a un acuerdo.

1 BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011.

2 STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192).

3 OMS: *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, OPS, Washington, 2002, p. 3.

4 Así, RODRÍGUEZ OTERO, L. M. y LARA HERNÁNDEZ, Y. M.: “La violencia intragénero en México: el contexto de Nuevo León”, *Revista Sexología y Sociedad*, 2016, 22(2), p. 120, siguiendo a ANCESCHI.

5 VIDAL FERNÁNDEZ, F.: “Los nuevos aceleradores de la violencia remodeladas”, en *Nuevos escenarios de violencia* (coord. Por A. GARCÍA-MINA FREIRE), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008, p. 17.

En cuanto a la violencia familiar, la guarda conjunta, no procederá cuando uno de los progenitores, se encuentre incurso en un “delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual, y tampoco, cuando un juez anuncie en las alegaciones y pruebas, la existencia de indicios de violencia doméstica”.

La jurisprudencia se ha pronunciado de forma profusa sobre el art. 92.7 del CC, y se han distinguido distintas situaciones⁶: a) no concesión de la custodia por estar incurso en un proceso penal; b) no concesión por condena penal por violencia familiar; c) no concesión por existir denuncia y ambiente considerado conflictivo; d) no concesión por no acreditación del maltrato.

Es obvio, que según la CCAA se utilizan diferentes competencias y regulaciones en torno a custodia compartida. A continuación, se va a mostrar las diferentes competencias tomadas en algunas de las comunidades autónomas forales, dejando de lado la CV para explicarla más tarde de una manera más específica:

En la CCAA de Cataluña, es regulada la guarda, en los arts. 233-8 a 233-11, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña⁷ relativo a persona y la familia.

Siguiendo un orden, estos artículos, empiezan con el significado de la responsabilidad parental de carácter compartida. Se explica también, la preferencia por el ejercicio compartido de la guarda, en los arts. 233-10, donde los progenitores elaboraran un “*plan de parentalidad*”, arts. 233-9, de la manera en la que ejercerán las diferentes responsabilidades que esto conlleva, sea cual sea el modelo seleccionado, y sólo cuando la autoridad judicial lo considere, se podrá disponer de una guarda de manera individual.

En cuanto a la excepción del apartado 3 del art. 233-11, en interés de los hijos, se refleja “no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”, y además “En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.

La SAP Lérida 31 octubre 2014⁸ en la que se atribuye la custodia al padre considerando que el menor no puede ser considerado víctima directa ni indirecta

6 Puede verse la jurisprudencia seleccionada por VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A.: “La custodia compartida en supuestos de violencia familiar”, *Blog SEPIN*, 2015.

7 BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

8 SAP Lérida 31 octubre 2014 (JUR 2015, 43383).

de los actos de violencia machistas objeto de proceso penal, y se considera irrelevante la condena penal por actos de violencia machista del padre contra su anterior pareja⁹.

La existencia de esta diferencia entre víctimas directas e indirectas, dejara de existir con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, en este caso serán los hijos las víctimas de violencia de género y por supuesto, los menores sujetos a tutela o guarda y custodia.

Entre la jurisprudencia que aplica el art. 233-11.3 Código Civil de Cataluña, nos encontramos con las siguientes posturas¹⁰: a) concesión de la custodia compartida por considerar que el menor no era víctima directa por ser el episodio de violencia leve y único; b) no concesión porque hay un proceso penal y los menores son víctimas indirectas; c) valoración junto al proceso penal de otras circunstancias; d) no concesión cuando la pretensión es tener opción al uso de la vivienda.

Por otro lado, en la CCAA de Navarra, teníamos la Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres¹¹, en concreto en el art. 3, se hablaba sobre la guarda y custodia y, se establece la guarda seleccionada por los progenitores, y se elegirá entre compartida e individual, una vez escuchado al Ministerio Fiscal y previos dictámenes y audiencias necesarias. Esta Ley foral 3/2011 ha sido derogada por la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo¹², y cuya motivación se indica

9 “La interpretación jurisprudencial de este precepto se orienta en el sentido de que lo que debe prevalecer en todo caso es el interés de los menores, de modo que la regla que establece el art. 233-11.3 no es imperativa ni de aplicación automática, con la necesaria consecuencia de que la atribución de la custodia al padre - bien de forma exclusiva o bien en forma compartida- haya de quedar necesariamente excluida en los supuestos en que haya existido sentencia condenatoria o se encuentre en trámite un proceso de violencia sobre la mujer, sino que habrá que estar a las concretas circunstancias de cada caso, quedando excluida dicha posibilidad cuando se haya dictado sentencia condenatoria por actos de violencia de género de los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas, o cuando existan indicios fundados de que se han cometido ese tipo de actos, pudiendo ser los hijos víctimas directas o indirectas. (...) se trata de dos hermanos por parte de madre, lo que comporta que al no tratarse de hijos comunes de los litigantes la atribución de la custodia de uno de ellos no ha de determinar necesariamente la del otro. Igualmente hemos dicho que hay que tener en cuenta que no estamos ante un criterio taxativo, y que este principio general de no separar a los hermanos se sustenta, igualmente, en el superior interés de los menores, y por ello si las circunstancias concurrentes comportan que un determinado régimen de custodia resulta más beneficioso para él, aunque implique separarle de un hermano, incluso de doble vínculo, ese será el régimen que deberá acordarse, precisamente porque el mismo art. 233-11-2 C.C. así lo permite cuando concurren circunstancias que lo justifiquen, tal como sucede en el presente caso, y ello sin perjuicio de que puedan ajustarse en la medida de lo posible los periodos vacacionales o los fines de semana para que J. A. y I. puedan coincidir en el domicilio de su madre”.

10 Se puede ver la jurisprudencia indicada por VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A.: “La custodia compartida en supuestos de violencia familiar”, cit.

11 BOE núm. 87, de 12 de abril de 2011.

12 BOE núm. 137, de 8 de junio

de forma expresa en el Preámbulo¹³. Se regula la custodia en la Ley 71, e indica la que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando se den los dos requisitos de forma conjunta:

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

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

Además, “Tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos”.

Por otro lado, encontramos la CCAA de Aragón, en concreto, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas¹⁴.

13 “El desarrollo de tales facultades y deberes permite la regulación de instituciones conexas e integradas en dicha institución como la guarda y custodia, ya regulada por el legislador navarro por medio de ley foral especial que en su día previó, precisamente, su inclusión en el texto del Fuero en el seno de una reforma integral de su derecho de familia; las estancias y contactos de los menores con sus progenitores y otros familiares, hasta ahora contenidas en sede de filiación y en la Ley Foral de protección de la infancia; y la regulación de los deberes de alimentación, habitación, educación, y asistencia material y emocional como omnicomprendivos de las necesidades básicas de los menores, y que conduce necesariamente, a su vez, a contemplar la atribución del uso de la vivienda familiar y la contribución a sus gastos ordinarios y extraordinarios. Y todo con total desvinculación de cualquier diferenciación de su origen matrimonial o no matrimonial, existencia o no de convivencia en algún momento, o de si se trata de un ejercicio en régimen de coparentalidad o de monoparentalidad. Consecuentemente, la nueva regulación es claramente tendente a fomentar el pacto de parentalidad entre los progenitores como primera opción para regular las relaciones familiares y evitar la litigiosidad así como a orientar la mediación que facilite tal fin, ofreciendo, subsidiariamente, una amplia discrecionalidad judicial para, desde el principio fundamental «favor filii», adoptar en cada caso concreto las medidas que en defecto de pacto superen las lagunas o taxatividades del texto civil común, tan claramente evidenciadas en los últimos tiempos por la amplia variedad de situaciones y circunstancias específicas concurrentes, así como para propiciar la coordinación de parentalidad. Es decir, libertad civil, pacto y discrecionalidad judicial orientada mediante criterios flexibles y dotada de medios adecuados que lo posibiliten han sido también los principios informadores propios del derecho navarro que han guiado la regulación de las relaciones paternofiliales”.

14 BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

En su art. 80, se regula la custodia compartida e individual, en concreto en el apartado 2 de este artículo, que ha sido modificado por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia¹⁵. Así como en el ítem 6 encontramos “la prohibición de establecer la custodia ni individual ni compartida a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso pena iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

Por último podemos citar la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco¹⁶. En ella se recoge la forma de custodia compartida de carácter preferente, siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores y atendiendo a unas circunstancias que se fijan en su art. 9. En los ítems 3 y 4 de dicho artículo regula la excepción a la custodia de un progenitor¹⁷.

En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como “circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente”¹⁸

III. LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA EN LA COMUNITAT VALENCIANA TRAS LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 5/2011: CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

I. La aplicación de la legislación estatal.

La legislación estatal tras la inconstitucionalidad de la LRF 5/2011 se basa en el CC, y en ésta no se encuentra ninguna predisposición legal que reconozca

15 BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019.

16 BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

17 “3. (...) en caso de condena penal por sentencia firme por delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal”.

18 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 156.

de una manera clara la custodia compartida, lo que conlleva unas soluciones contradictorias.

Si nos centramos en el art. 92 CC, en concreto en su ítem 5, se muestra que está permitido el ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos e hijas cuando los padres lo soliciten en el convenio regulador o cuando estos, lleguen a un acuerdo común. Es por ello, que está permitida la autonomía de la voluntad de los padres en este punto.

En el art. 92, apartado 8, se indica de forma literal “Excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe 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”.¹⁹

Está claro, que se faculta al correspondiente juez a que acuerde la guarda y custodia de los menores, por eso, el juez no está obligado a acordarla, a diferencia de lo que dictaba la LRF 5/2011.

A) Regulación en el Código civil español.

En este punto se va a proceder a explicar la situación posterior a la inconstitucionalidad de la LRF 5/2011, hasta el momento la CV gozaba de una norma propia para la regularización de la custodia compartida de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero en diciembre de 2016, esta ley es declarada inconstitucional, y es por ello que esta comunidad pasa a regularse por el CC, a lo que dispone en los capítulos IX y X del título IV del Libro I, como en el momento anterior a la creación de la norma.

Dicho lo anterior, surge la duda de si la modalidad de custodia compartida va a ser preferente contra la modalidad monoparental²⁰, puesto que hasta el momento la doctrina a seguir era la compartida. Pues bien, es cierto que, hasta el momento, no ha cambiado la situación en cuanto a criterio de custodia compartida frente a

19 Redacción dada por la STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012,185). Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006. Planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria en relación con el art. 92.8 CC, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Derecho a la tutela judicial efectiva, exclusividad jurisdiccional y principio de protección a la familia: nulidad parcial del precepto legal que, en los procesos de separación y divorcio en los que no medie acuerdo entre los padres, supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. La sentencia contiene el voto particular que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren los Magistrados don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita y don Andrés Ollero Tassara, respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006.

20 Véase: RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La monoparentalidad como nuevo modelo familiar: Acciones previstas en la legislación para la protección del menor”, *Actualidad civil*, 2018, núm. 11, pp. 1-20; “La monoparentalidad derivada de la violencia de género: análisis de la cuestión”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2019, núm. 16, pp. 14-28.

individual, debido a que esta modalidad, ha supuesto hasta el momento un cambio social, y se relaciona el art. 92.8 del CC con el interés del menor, siempre con el fin de su total protección.

Si se parte de la idea fundamental de la potestad que supone en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su desarrollo, el CC emplea los términos de guarda y custodia como autoridad parental. Es necesario hacer referencia al art. 3 de la LRF 5/2011, que definió un nuevo modelo de convivencia, y estableció diferencias²¹.

Si nos remontamos a 2013, encontramos el anteproyecto de Ley, aprobado por el Consejo de Ministros, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, divorcio y nulidad, éste eliminaba la excepcionalidad de custodia compartida y no otorgaba carácter preferente a la custodia monoparental ni compartida, si no que era el juez el que en todo momento decidía en base al interés del menor.

La decisión del juez, siempre variaba, valorando diferentes criterios como la comunicación de los progenitores, la implicación, cercanía del domicilio entre el centro escolar, entre otros.

De este método surgieron varias contraposiciones, como el hecho de acordar la custodia compartida, aunque ninguno de los progenitores la hubiese solicitado, lo que contradecía al TS, pero también hubo aspectos positivos como por ejemplo el empleo de una terminología moderna y acorde a los nuevos tiempos como son el “régimen de estancias”, “periodos de convivencia”, “coparentalidad”, las cuales sustituyeron a otras como “régimen de visitas”, “progenitor custodio” ...

Por lo demás, se siguieron criterios recogidos en las diferentes leyes autonómicas que legislaban sobre el tema a tratar, sobre la atribución del domicilio y aquellas que introducían la mediación familiar o el no otorgamiento de la guarda y custodia, ni compartida ni individual, cuando exista resolución judicial forme por atender contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad de indemnidad

21 “a) Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial. b) Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”. Véase más ampliamente: AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; REYES LÓPEZ, M. J.: “Panorama de las normas de derecho de familia en la Comunidad Valenciana”, *Revista de Derecho civil valenciano*, 2012, núm. 12, pp. 1-35; BLASCO GASCO, F. DE P. y MORERA VILLAR, B.: “La guarda y custodia compartida en la Ley de la Generalitat valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, *Congreso IDADFE*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 169-190.

sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la finalización de la responsabilidad penal.

Una de las soluciones que se han planteado tras la inconstitucionalidad del Ley Valenciana, es el impulso de una reforma constitucional que equipare las comunidades con derecho civil histórico, esto se está estudiado por la asociación de juristas valencianos (AVJ) a través de las distintas instituciones valencianas. De hecho, se ha presentado en la actualidad se ha presentado Proposición de Ley de modificación de la disposición adicional segunda de la Constitución española para la reintegración efectiva del derecho civil valenciano, presentada por los grupos parlamentarios Socialista, Popular, Compromís y Unides Podem (RE número 1.856). Tramitación por el procedimiento de urgencia²².

B) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, permite esclarecer aspectos educativos, preventivos, sociales, asistenciales, así como atención posterior de las víctimas y además define los conceptos de violencia doméstica y violencia de género, conceptos que pueden producir confusiones entre los ciudadanos²³.

En primer lugar, la violencia doméstica o violencia intrafamiliar, es aquella que se produce entre la parte ascendiente, descendiente o hermanos, ya sean propios o del cónyuge, o sobre menores o incapacitados que se encuentren sujetos a patria potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda del cónyuge o sobre otra persona amparada por una relación del núcleo de convivencia familiar. Teniendo en cuenta, que estos hechos no sean llevados a cabo por la pareja o expareja de la mujer; nos podemos basar en el art. 173.2 del Código Penal, excluyendo las personas que indica el apartado 1 del art.153 del mismo código.

En segundo lugar, la violencia de género, es aquella inferida por hombres contra mujeres por el simple hecho de serlo. Se trata de una discriminación y clara vulneración de los derechos humanos, normalmente el sujeto pasivo es la mujer y el sujeto activo el hombre.

El género nos permite, conocer y analizar la base de la discriminación entre mujeres y hombres, y ver como este no tiene relación ni con el género gramatical, ni con el humano.

²² BOCV núm. 14, de 17 de julio de 2019.

²³ RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Por ello no resultan equivalentes y no deben ser utilizados indistintamente los conceptos de violencia doméstica y de violencia de género. Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley Integral, la violencia doméstica quedará circunscrita al resto de sujetos pasivos previstos en el art. 173.2 del Código Penal.

Son los Juzgados de Instrucción los que tienen la competencia sobre delitos de violencia doméstica, en el caso de los cometidos sobre las personas del art. 173.2, serán competencia del juzgado de violencia sobre la mujer cuando exista en algún momento algún caso de violencia contra ella.

Se hace referencia al art. 19.5 que habla sobre el derecho a la asistencia social integral, canalizándose a través de los servicios sociales atendiendo a los menores que se encuentren bajo la custodia de la víctima.

Este apartado, no acabó con las necesidades protectoras de seguridad y asistencia²⁴ ya que posteriormente sería aprobada la I Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2017-2020).

Otra manera de definir el significado de violencia de género la tuvo Naciones Unidas en el año 1993, diciendo que se trataba de “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer”.

Por otro lado, en la Ley, el significado de violencia de género, está más restringido puesto que se acota a la producida en una relación de pareja o ex pareja, y sobre los hijos/as menores de estos, es por esto que no regula tampoco la violencia intrafamiliar por parte de otros familiares masculinos, ni la violencia social o en el ámbito laboral. Esto no significa que estos otros tipos de violencia existan, a pesar de que la ley no las muestre como tal.

Esta Ley utiliza dos criterios a la hora de explicar su ámbito de aplicación, estos son uno, de naturaleza objetiva y otro de naturaleza subjetiva. En cuanto a la naturaleza objetiva, tan solo se considera violencia de género aquellos delitos penales observados en la Ley, entrando estos, en la competencia de los Juzgados sobre la mujer.

En cuanto al segundo criterio de naturaleza subjetiva, debe de existir una relación ya sea conyugal o similar, entre la víctima y el agresor, haya o no convivencia entre ellos.

24 YUGUEROS GARCÍA, A. J.: “La protección de los menores víctimas de violencia de género en España”, *Revista de ciencias sociales*, 2016, núm.70, p. 45.

Bien es cierto, que esta redacción no está demasiado acertada, ya que ha generado diferentes opiniones a la hora de su interpretación, puesto que no se sabe ciertamente que ha querido decir legislador refiriéndose a relaciones que no conviven, entendiendo por estas las relaciones de noviazgo.

Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor.

Antes de finalizar este apartado, sería interesante nombrar algunas de las novedades de esta Ley para la protección contra la violencia de género como diferentes medidas de sensibilización y prevención

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y Adolescencia²⁵, supone la modificación de algunos de los preceptos de la citada Ley 1/2004, de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, además supone que el objeto de la norma, sea el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia además de prestar la necesaria ayuda a las mujeres víctimas de esta violencia⁸².

En cuanto a la suspensión de la patria potestad o custodia de los menores, determina el art. 65 que “el Juez podrá suspenderla para el inculpado por violencia de género el ejercicio de las mismas, respecto de los menores dependientes de él”.

Así como refleja el art. 66, respecto a las medidas de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores²⁶

C) Ley 3/2007, de 27 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El art. 14 de la CE define el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, además el art. 9.2 define la obligación de los poderes públicos de promover determinadas condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean efectivas y reales.

La igualdad entre personas, es un principio jurídico universal reconocido no solo en la normal de la CE, si no en muchos otros textos sobre derechos humanos como por ejemplo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 y apoyada por España en 1983.

²⁵ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

²⁶ TARDÓN OLMOS, M.: “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica”, *La Ley. Derecho de familia*, 2016.

La Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁷ tiene el objeto principal de lograr una igualdad real entre hombres y mujeres y la eliminación de cualquier caso de discriminación especialmente por razón de sexo, de esta manera esta Ley reconoce todos estos derechos y su disfrute²⁸.

Esta Ley, también obliga del mismo modo a todas las personas ya sean físicas o jurídicas a que actúen en el territorio español, con la independencia de su nacionalidad y sobre todo hace hincapié en los conceptos sobre igualdad y las acciones positivas por parte de los poderes públicos para solucionar este tipo de desviaciones desiguales.

Algunos de los instrumentos básicos para lograr esta igualdad real y efectiva entre hombre y mujeres, serían la elaboración de un Plan Estratégico de igualdad de oportunidades, una comisión interministerial de igualdad, informes de impacto de género y las evaluaciones sobre el principio de igualdad.

Alguna de las novedades de esta Ley sobre la igualdad efectiva de hombres y mujeres como la ausencia de discriminación por razón de sexo se distingue entre discriminación directa e indirecta.

El acoso sexual, o también denominado acoso por razón de sexo, entendiendo este como comportamiento físico o verbal de naturaleza sexual con el fin de atentar contra la dignidad de cualquier persona.

Las consecuencias jurídicas de algunas de estas conductas discriminatorias se considerarán nulas y sin efecto dando lugar a responsabilidad de indemnización, así como la sanción que se considere oportuna a tal efecto.

Si bien es cierto, que en los últimos tiempos se han llevado a cabo medidas positivas para acabar con estas discriminaciones, por ejemplo, corregir desviaciones producidas por el hombre a la mujer y, teniendo en cuenta que estas siempre sean proporcionadas y razonables.

En las disposiciones adicionales de la Ley, se recogen varias regulaciones para definir el concepto de composición o presencia equilibrada, nuevos supuestos de nulidad de algunas exenciones en materia laboral y designar al Instituto de la Mujer objeto de incorporación.

En las disposiciones transitorias de la Ley, se habla de medidas protectoras del acoso en la Administración General del Estado, distintivo empresarial en

27 BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

28 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*, cit., p. 20.

materia de igualdad, nuevos derechos tanto de maternidad como de paternidad y la creación de varios nuevos convenios colectivos.

D) Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género y Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.

Este Real Decreto-Ley de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género²⁹, plantea la adopción de modificaciones legales oportunas para que las Administraciones locales puedan llegar a conseguir unas actuaciones de promoción de igualdad entre hombres y mujeres, así como la violencia de género, “ya que se trata de la administración más cercana a la ciudadanía y, por ende, a las víctimas”. Para ello, estas cuestiones pasarán a ser competencia propia de los municipios en el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local³⁰.

Por otro lado, esta Ley tiene el objetivo de “fortalecer la tutela judicial y el acceso a la justicia” a través de diversas modificaciones que más adelante iremos desarrollando.

Además, este RD, sirve como ejemplo para ampliar diversos métodos de acreditación de las situaciones de violencia de género mediante informes de los servicios sociales, servicios especializados o servicios de acogida destinados a estas víctimas de violencia de la Administración Pública competente.

Si procedemos a resumir el RD-ley 9/2018 diremos que modifica las siguientes leyes: a) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, y Código Civil.

E) Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de género y otras formas de violencia contra la mujer.

Esta reciente ley, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de los hijos e hijas de víctimas de género³¹, define el derecho a la prestación de orfandad a los hijos e hijas de mujeres fallecidas, víctimas de violencia de género, siempre que las circunstancias del momento, supongan una orfandad absoluta y no existan requisitos para una pensión de orfandad, por lo que se le da una redacción al art.

29 BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018.

30 BOE núm. 80 de 03 de abril de 1985.

31 BOE núm. 53 de 02 de marzo de 2019.

224 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

La cuantía que supone esta prestación, será el setenta por ciento de la base reguladora, siempre y cuando los rendimientos familiares, incluidas las personas huérfanas y dividido por los miembros que componen esa familia, no superen el setenta y cinco por ciento, del salario mínimo interprofesional vigente en ese mismo momento y, quedando excluidas las pagas extraordinarias.

Esta ley, modifica por tanto la ley General de Seguridad Social y la Ley de clases pasivas con el objeto de: a) Incluir en la Seguridad Social, una nueva prestación del sistema, b) Consagrar los derechos de las personas beneficiarias en los casos de orfandad absoluta.

2. La aplicación de la legislación autonómica valenciana.

Tras la declaración de inconstitucionalidad de la LRF 5/2011 se llega a la conclusión de que esta ley no se declaró inconstitucional porque se considerara a la custodia compartida como ilegal, sino porque, a juicio del TC la CV, carece de competencias para la regulación de esta materia.

Es por esto, que se puede señalar, que el TC no se pronunció en contra del método de custodia compartida, si no que cree, que esta comunidad autónoma no reúne las suficientes competencias para tener su propia regulación en esta materia.

Una de las características más destacadas en la LRF 5/2011, era que se establecía la presunción (salvo prueba contraria) de que el mejor método para el menor, era el de custodia compartida, y el progenitor que no estuviese de acuerdo con ese método, debía probar ante el juez porque este a su parecer no debería ser el mejor método aplicativo.

La situación actual tras la inconstitucionalidad de la LRF 5/2011 no ha supuesto un cambio dramático puesto que no se van a dejar sin eficacia, ni se van a anular las sentencias dictadas por los tribunales, que hayan concedido el régimen de custodia compartida.

Pero, una vez desaparecida esta ley, retoma vigencia el CC, es por ello que, a partir de ese momento, las separaciones o divorcios, pasan a regirse por lo establecido en este código común español, aplicable también en aquellas comunidades donde se carece de Derecho Foral propio³².

32 BARCELÓ DOMÈNECH, J.: "La ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín*

Una de las cosas que más preocupa en estos momentos en esta comunidad es el modelo de custodia que se va a aplicar ahora, pues bien, lo primero que se debe tener claro, es que el juez estudiará cada caso particular, y optará por lo mejor para el menor o la menor en ese caso particular, además desde hace ya algunos años, el TS ha ido adaptando diferentes interpretaciones del CC donde manifiesta que el régimen más deseable para los menores es el de custodia compartida, ojo recalcando la palabra deseable y no preferente.

A) Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana y la actual Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.

El preámbulo de la LRF 5/2011 refleja su razón de ser con el interés superior del menor, dice literalmente: “la preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar, viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos”.

Es por ello, que los menores cuyos progenitores no convivan tienen exactamente el mismo derecho a relacionarse con sus progenitores de manera independiente del conflicto que exista entre ellos.

La LRF 5/2011 tiene como antecedente inmediato la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana³³, mediante su art. 22 94 se muestran los principios y valores que se encontraban plasmados en la LRF 5/2011.

Esta Ley apostaba por hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia del pacto, en caso de no convivencia o ruptura, lo que en otros términos denominamos “pacto de convivencia familiar” y cuando esto no sea posible, establecer la custodia compartida como mejor método.

Si pasamos a la actual Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia³⁴ y la CV, vemos que su objeto principal, es el reconocimiento de todos y cada uno de los derechos de la infancia y la adolescencia

José Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1131-1142.

33 BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008.

34 BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019.

y el principio de corresponsabilidad de la sociedad, administraciones públicas y las familias³⁵.

Esta ley, se aplica a los menores de dieciocho años y, excepcionalmente a los mayores de edad cuando se prevea expresamente o, hayan sido objeto de alguna medida administrativa o judicial que contemple el ordenamiento jurídico. También, se incluyen a las instituciones y personas físicas o jurídicas de la CV. Uno de los objetos de esta norma es proteger los intereses de los menores y adolescentes que vivan en el territorio valenciano.

El eje central de esta ley, es el Estatuto Jurídico de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad Valenciana, desarrollando los derechos en la Convención de los derechos del niño y en el resto del ordenamiento.

Por lo que respecta a la protección social y jurídica de la infancia y adolescencia, la nueva ley incorpora un catálogo específico de derechos de los menores de edad y de principios de actuación de las administraciones públicas en el desarrollo de la acción protectora, así como una serie de deberes: de notificación, reserva, colaboración y evaluación y planificación.

IV. CONCLUSIONES.

Cuando una pareja decide poner fin a su relación, debe entender, que esa nueva situación no debe suponer consecuencias negativas para sus hijos y mucho menos perder la relación que estos tenían anteriormente con sus progenitores, siempre y cuando no hayan concurrido otros casos que alteren esta nueva situación como los casos de violencia doméstica.

Por ello, es necesario saber qué régimen que se va a establecer. Durante muchos años el sistema optó por la guarda exclusiva del menor, es decir que tan solo uno de los progenitores tendría la custodia total, y el otro disfrutaría de un régimen de visitas, siendo, además, en muchos de los casos, la custodia exclusiva materna.

No fue hasta la reforma efectuada por la Ley 15/2005 cuando el legislador incluiría en el CC una opción que establecería la custodia compartida, mediante la modificación del art. 92 de este código.

Aun así, no sería hasta la entrada en vigor de la ley 5/2011, de relaciones familiares en la CV, donde contaríamos con una Ley que permitiera un giro en la vida de los hombres y mujeres y en su entorno, en sus derechos y obligaciones en

35 BARCELÓ FERRER, I.: "La protección del menor en situación de riesgo en la Ley valenciana de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2019, núm. 10, pp. 688-699.

el ámbito familiar, posibilitando una igualdad efectiva entre mujeres y hombres y una transformación de género dentro de la familia.

Por otro lado, la CV, reconoce en su Estatuto de autonomía, que tiene competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano, siempre respetando a la norma suprema, la CE. Fue por esto, por lo que tuvieron lugar diversas aprobaciones de leyes sobre derecho de familia, como fueron la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas en la Comunidad Valenciana, y por supuesto la nombrada Ley de Relaciones familiares 5/2011.

Aun con las ventajas de esta Ley, el TC la declara inconstitucional poniendo como argumento principal la falta de competencia de la CV para legislar en Derecho civil, desde ese momento los ciudadanos de la CV quedan desamparados de esta ley, la cual ha servido de modelo para muchas otras similares, pero es importante destacar que esta declaración de inconstitucionalidad no supone la vuelta a un modelo monoparental absoluto.

Es cierto, que la custodia compartida, tras la derogación de la LRF 5/2011, se considera una medida más aceptada incluso “deseable”, por lo que se percibe gran avance, tratándose en todo momento de que la decisión de uno u otro régimen no sean considerados como un premio o una derrota para los progenitores, si no el mayor beneficio para el menor.

Frente a esta situación, y la vuelta a la legislación del CC en este ámbito, la solución más rápida sería la creación de un pacto entre la Generalitat Valenciana y el Gobierno del Estado que tuviese como objetivo, una solución singular por la vía de la transferencia de la plena competencia en materia de Derecho Civil Valenciano o por el art. 150.2 de la CE.

Otra opción sería una reforma constitucional que pusiera fin a la diferencia de criterios entre territorios, aunque la realidad es que el pueblo valenciano, no parece ser una gran fuerza para exigir esta reforma.

En conclusión, nuestro sistema necesita una reforma y un cambio en la regulación del modelo de custodia compartida. Una regulación adaptada a la de las demás comunidades autónomas que se rigen por su propio código.

El método de custodia compartida, se considera el más beneficioso para el interés superior del menor, pues le permite tener una relación con ambos progenitores, aunque estos se encuentren separados, siempre y cuando la situación entre ellos sea la normal y no concurra ninguna circunstancia que sea anómala.

V. BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1131-1142.

BARCELÓ FERRER, I.: "La protección del menor en situación de riesgo en la Ley valenciana de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2019, núm. 10, pp. 688-699.

BLASCO GASCÓ, F. DE P. y MORERA VILLAR, B.: "La guarda y custodia compartida en la Ley de la Generalitat valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Congreso IDADFE*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 169-190.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

OMS: *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, OPS, Washington, 2002.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "La monoparentalidad como nuevo modelo familiar: Acciones previstas en la legislación para la protección del menor", *Actualidad civil*, 2018, núm. 11, pp. 1-20.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "La monoparentalidad derivada de la violencia de género: análisis de la cuestión", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2019, núm. 16, pp. 14-28.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

REYES LÓPEZ, M. J.: "Panorama de las normas de derecho de familia en la Comunidad Valenciana", *Revista de Derecho civil valenciano*, 2012, núm. 12, pp. 1-35.

RODRÍGUEZ OTERO, L. M. y LARA HERNÁNDEZ, Y. M.: "La violencia intragénero en México: el contexto de Nuevo León", *Revista Sexología y Sociedad*, 2016, 22(2), pp. 119-130.

TARDÓN OLMOS, M.: "El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica", *La Ley. Derecho de familia*, 2016.

VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A.: "La custodia compartida en supuestos de violencia familiar", *Blog SEPIN*, 2015.

VIDAL FERNÁNDEZ, F.: "Los nuevos aceleradores de la violencia remodeladas", en *Nuevos escenarios de violencia* (coord. por A. GARCÍA-MINA FREIRE), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008, pp. 17-47.

YUGUEROS GARCÍA, A. J.: "La protección de los menores víctimas de violencia de género en España", *Revista de ciencias sociales*, 2016, núm.70, pp. 38-52.

