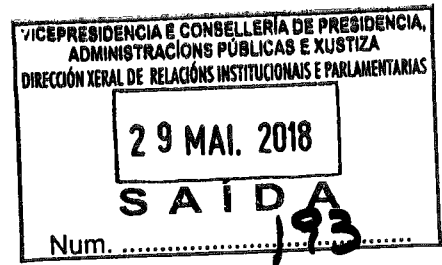
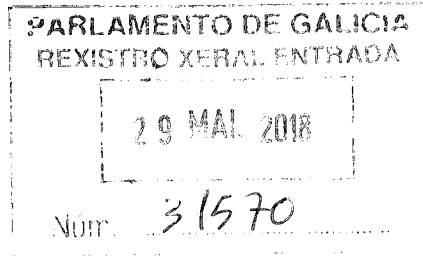




XUNTA DE GALICIA

VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA,
ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E XUSTIZA
Dirección Xeral de Relacións Institucionais
e Parlamentarias

galicia



Trasládolle, en resposta ao acordo da Mesa do Parlamento do 11 de abril de 2018, e a solicitude dos Grupos Parlamentarios Popular de Galicia e dos Socialistas de Galicia (doc. nº 21796) o informe emitido polo Pleno da Comisión Superior para o estudo do desenvolvemento do Dereito Civil de Galicia, sobre o posible encaixe dentro das competencias autonómicas en materia de Dereito civil especial da Proposición de lei de iniciativa popular de corresponsabilidade parental e relacións familiares no cese da convivencia.

Santiago de Compostela,

A directora xeral de Relacións Institucionais e Parlamentarias

(ASINADO DIXITALMENTE)

Asinado por: GARCIA-SEÑORANS ALVAREZ, BLANCA
Cargo: Directora Xeral
Data e hora: 29/05/2018 14:27:32

Sr. presidente do Parlamento de Galicia

CVE: w313wp7Ex9
Verificación: <https://sede.xunta.gal/cve>





INFORME DA COMISIÓN SUPERIOR PARA O ESTUDO DO DESENVOLVEMENTO DO DEREITO CIVIL GALEGO, SOBRE O POSIBLE ENCAIXE DENTRO DAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE DEREITO CIVIL ESPECIAL DA PROPOSICIÓN DE LEI DE INICIATIVA LEXISLATIVA POPULAR DE CORRESPONSABILIDADE PARENTAL E DE RELACIÓNS FAMILIARES NO CESAAMENTO DA CONVIVENCIA

Por Acordo da Mesa do Parlamento, do 11 de abril de 2018, pediuse á Xunta de Galicia a remisión, á maior brevidade posible, do *informe da Comisión Superior para o estudo de desenvolvemento do Dereito civil galego, sobre o posible encaixe dentro das competencias autonómicas en materia de dereito civil especial*, da Proposición de lei de ILP en tramitación sobre corresponsabilidade parental e relacións familiares no cese da convivencia (BOPG, núm.4, do 31.10.2016), que se solicitara perante a Mesa do Parlamento de Galicia mediante doc. núm. 21796.

Tomando como referencia a decisión do Pleno da devandita Comisión Superior na súa sesión constitutiva do 26.04.2018, redactáronse os documentados base para conformar a posición da Comisión, que se someteron a votación na sesión do plenario do 28.05.2018 para a súa aprobación, e sen prexuízo da remisión, así mesmo, xunto co documento de posición maioritario emitido, das consideracións da posición minoritaria como voto particular.

1. COMPETENCIAS DA COMISIÓN SUPERIOR RESPECTO AO SOLICITADO.

Consonte o Decreto 107/1999 (modificado polos Decretos 182/1999 e 22/2011), a Comisión superior para o estudo do desenvolvemento do dereito civil galego -encadrada na Consellería con competencias en materia de Xustiza-, constitúese como órgano consultivo da Xunta de Galicia en materia de conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil galego (artigo 27.4 do Estatuto de Autonomía en relación co artigo 149.1.8 CE).

O artigo 6 do Decreto 107/1999 prevé entre as materias de informe sobre as que a Comisión pode emitir os informes que lle sexan interesados pola Administración autonómica "a conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil galego (art. 27.4º do Estatuto de Autonomía de Galicia en relación co art. 149.1.8ª CE)".



Neste eido sitúase o alcance para a emisión do informe da Comisión ao Parlamento sobre o *posible encaixe dentro das competencias autonómicas en materia de dereito civil especial da Proposición de lei de ILP en tramitación sobre corresponsabilidade parental e relacións familiares no cese da convivencia*.

Finalmente, indicar o carácter facultativo e *non vinculante* dos ditames e informes que realiza o Pleno da Comisión (artigo 6.2).

2. EMISIÓN E COMUNICACIÓN DO INFORME

Logo do correspondente debate e votación, desde a Comisión Superior para o estudo do desenvolvemento do Dereito civil galego **adóptase por maioría dos seus membros na sesión do 28.05.2018 a posición contida nas consideracións que de seguido se recollen que serviron de base para conformar o parecer maioritario da Comisión sobre a falta de competencia** da materia obxecto da Proposición de lei de ILP en tramitación sobre corresponsabilidade parental e relacións familiares no cese da convivencia; e sen prexuízo de anexar, así mesmo, como *voto particular*, as reflexións da posición minoritaria, que se remiten de xeito conxunto neste documento ao Parlamento de Galicia.

Así mesmo, por consenso do plenario da devandita Comisión súxírese ao Parlamento de Galicia **a posibilidade de dirixirse ás Cortes Xerais instando a modificación da regulación estatal** para dar cobertura xeral a esta materia.

Santiago de Compostela, 28 de maio de 2018

A secretaria da Comisión

Adelaida Vega Hernández

Visto e prace

O presidente da Comisión

Alfonso Rueda Valenzuela



CONSIDERACIÓNS SOBRE A POSIBLE FALTA DE COMPETENCIA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA EN MATERIA DE DEREITO CIVIL ESPECIAL PARA REGULAR A MATERIA DA PROPOSICIÓ DE LEI DE INICIATIVA LEXISLATIVA POPULAR DE CORRESPONSABILIDADE PARENTAL E DE RELACIÓNS FAMILIARES NO CESAMENTO DA CONVIVENCIA

Cuestión previa: ÁMBITO MATERIAL

O encadramento material da maior parte dos preceptos contidos na Proposición (10/PPLI-000001) insírese no ámbito relativo á regulación das relacións paternofiliais tras a ruptura da convivencia dos proxenitores, cuxa pertenza á materia civil non se discute. Así as cousas, os preceptos de referencia para estas consideracións son os artigos 148.1.8 da CE e 27.4 do EAG. En todo caso, da lectura do contido da referida proposición cómpre ter en conta, tamén, a cuestión procesual ex artigo 149.1.6 da CE.

1. ESTADO DA CUESTIÓN RESPECTO DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 149.1.8

1.1 A tese da “conexión” e as competencias das CCAA ex artigo 149.1.8 da CE, de cara á conformación dun sistema autointegrado de normas civís

A STC 31/2010, do 28 de xuño, sobre o Estatuto de autonomía de Cataluña, ampara o desenvolvemento dos dereitos civís autonómicos preexistentes á CE de 1978 ata onde alcancen os seus principios informadores, con inclusión de calquera institución conexas. Di: *“Los derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino la expresión parcial, informado por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas”*.

Confirma dese xeito a coñecida doutrina constitucional sobre institucións conexas consagrada na STC 88/1993 cando afirma que *“cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de un derecho foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral (...)”*.

Desde esa perspectiva, a CE permite que os dereitos civís especiais ou forais preexistentes poidan ser obxecto non xa de “conservación” e “modificación”, senón tamén dunha acción legislativa que faga posible o seu crecemento orgánico e recoñece, deste modo, non só a historicidade e a actual vixencia, senón tamén a vitalidade cara ao futuro,



de tales ordenamentos preconstitucionais. O que non significa, claro está, *“en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada, ratione materiae dejada a la disponibilidad de las CCAA, que pugnaría con lo dispuesto en el art 149.1.8ª CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial”* (STC núm. 88/1993, do 12 marzo, FX 3).

1.2 Situación actual e tendencia xurisprudencial restritiva.

Unha serie de sentenzas do TC ditadas ao longo do ano 2016 apuntan a unha tendencia restritiva na interpretación da doutrina constitucional das “institucións conexas”. Culmina o período a STC 133/2017, do 16 de novembro, que considera inconstitucional a regulación da adopción e da autotutela na Lei de dereito civil de Galicia.

Esa imaxe de expansión da capacidade legislativa da que partimos no punto anterior viuse truncada coas SSTC 82/2016, 110/2016, 192/2016, e máis definitivamente coa STC 133/2017, que inauguraron unha tendencia restritiva na interpretación dos “elementos de conexión”.

O ano 2016 estivo marcado por ese freo á expansión das competencias legislativas das CCAA, reflectido na anulación de gran parte do contido de tres leis civís da Comunidade Valenciana a través das SSTC 82/2016, do 28 de abril (sobre a Lei 10/2007, do 20 de marzo, de réxime económico matrimonial valenciano), 110/2016, do 9 de xuño (sobre a Lei 5/2012, do 15 de outubro, de unións de feito formalizadas), e 192/2016, do 16 de novembro (sobre a Lei 5/2011, do 1 de abril, de relacións familiares dos fillos e fillas cuxos proxenitores non conviven).

A tendencia restritiva, no caso da Comunidade Valenciana, centrouse no expresado propósito de recuperar os antigos foros do histórico Reino de Valencia, para desenvolvelos e adaptalos aos valores e principios constitucionais. Para as cuestións aquí suscitadas interesa saber que na STC 192/2016 non se considerou demostrado que o dereito civil valenciano contivese unha especialidade conexas coas materias obxecto da Lei 5/2011 (“custodia compartida”), polo que dificilmente se podería xustificar a subsistencia ata os nosos días dun costume foral sobre a materia.

De todos os xeitos, nos tres casos, e para os efectos que nos interesan, o TC salienta que a conservación, modificación e desenvolvemento do dereito civil preexistente *non está para crear institucións novas*, senón unicamente as conexas coas xa reguladas, dentro dunha actualización ou innovación dos seus contidos. E nese caso concreto, a



Comunidade Valenciana non puido demostrar ningunha conexión razoable, incluso porque non contén unha regulación propia de dereito de familia e sucesións.

1.3 STC 95/2017, do 6 de xullo.

A STC 95/2017, do 6 de xullo, aplica o criterio da conexión nun conflito relativo ás normas sobre propiedade temporal incluídas no libro quinto do Código civil de Cataluña. Considerou a existencia da conexión unha vez que *“la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan”* (FX 4).

Este retorno ao “punto de partida” da teoría das institucións conexas foi visto por algún dos votos particulares da STC 133/2017, que máis adiante se comentan, como unha volta a unha certa laxitude na interpretación do sentido da conexión.

2. A STC 133/2017. GALICIA E O SEU IMPACTO NO DESENVOLVEMENTO DO SEU DEREITO CIVIL

2.1 Antecedentes

No caso concreto de Galicia, na doutrina constitucional destaca no seu desenvolvemento lexislativo a STC 182/1992, do 16 de novembro, que analiza a Lei do Parlamento de Galicia 2/1986, de prórroga do réxime de arrendamentos rústicos, que considerou que se ben a Compilación de 1963 non contiña ningunha regra, directa e expresa, sobre o arrendamento rústico, *“una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico, eventualidad, esta última, que resulta aún más clara visto el enunciado del referido artículo 27.4 EAG , pues en la idea de ‘institución’ jurídica, presente en tal precepto, se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias”*. Tamén a STC 127/1999, do 1 de xullo, considera os montes veciñais en man común como unha institución propia do dereito civil de Galicia, dada a súa presenza nas distintas compilacións do dereito civil en Galicia e mais na Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia, e defíneos como *“tradicional forma de propiedade de terras en común”*, sen prexuízo de remitir a súa regulación a unha lexislación específica. De igual modo, a STC 47/2004, do 25 de marzo, sobre o recurso de casación en materia de dereito civil especial galego.



2.2 A STC 2017 e o seu impacto. Potestade legislativa en materia de dereito civil

2.2.1 A falta de conexión orgánica respecto do “afillamento” e doutras institucións “familiares” de carácter patrimonial

A pesar da extensa e ben documentada argumentación dos letrados e do Parlamento da Xunta de Galicia, non se aceptou a tese da conexión. En suma, o TC considera que as materias –a adopción e a autotutela– non están integradas no acervo normativo ou consuetudinario do dereito civil histórico galego. Falta a conexión entre estas institucións e outras institucións propias e características do dereito civil foral especial. Así mesmo, detectouse a ausencia de acreditación da existencia de regras consuetudinarias na materia e da súa subsistencia.

O resultado é contundente: *“el legislador gallego, al regular la adopción, no está codificando una antigua realidad existente sino innovando su Derecho, para lo que en este caso no posee competencia, ya que, reiteramos, cabe que ‘las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral’, pero ello no implica una apertura a un ‘crecimiento en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos’, ni a ‘una competencia legislativa ilimitada racione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugna con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE’, sino a un crecimiento de acuerdo con los ‘principios informadores peculiares del Derecho foral’ (STC 88/1993, de 12 de marzo), FJ 3, reiterada en iguales términos en la STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 1). La consecuencia ha de ser la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 27 a 41 de la Ley 2/2006, sin perjuicio de lo que diremos más adelante sobre los efectos de esta declaración” (FX 3º).*

2.2.2 A repetición da normativa do Código civil

Aínda que non fora obxecto da fundamentación da parte dispositiva, pola súa irrelevancia despois de declarada a inconstitucionalidade por falta de competencia, é conveniente traer a colación a referencia que fai o avogado do Estado á doutrina do TC sobre reprodución de preceptos estatais nas lexislacións autonómicas, xa que moitos dos preceptos contidos na Proposición (10/PPLI-000001) poden ser vistos como reiteracións de normas contidas no CC. Nese sentido, a reprodución en disposicións autonómicas de preceptos estatais amparados no artigo 149.1 da CE podería vulnerar non só a orde constitucional de competencias, senón o mesmo principio de seguridade xurídica recoñecido no artigo 9.3 da CE, en canto pode confundir aos operadores xurídicos e aos cidadáns (STC 341/2005, do 21 de decembro).



2.3 “Institucións conexas”. Liña argumental dos votos particulares

A discrepancia do maxistrado Conde Pumpido céntrase na aplicación do canon de constitucionalidade. Entre outros aspectos discute, por un lado, o tratamento do requisito da acreditación do dereito consuetudinario e da súa subsistencia; e por outra parte, nunha liña similar ao voto particular do maxistrado Xiol Ríos, encontra suficientemente probada a conexión, pois *"el prohijamiento no es más que una modalidad de adopción. E instituciones familiares tan arraigadas como la casa y la compañía familiar implican el acogimiento en su seno de personas de distintos orígenes, asumiendo las obligaciones inherentes a las relaciones familiares y conformando la más amplia gama de estructuras personales y familiares, y que, junto al derecho de labrar y poseer, la millora, la comunidad a mesa y mantel y las normas consuetudinarias sucesorias, están todas ellas dirigidas a lograr la integridad y continuidad de la casa"*.

E engade o "agravio comparativo" que pode representar a *"STC 95/2017, de 6 de julio, referida a la regulación contenida en el Código civil de Cataluña sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida (Sentencia que, por cierto, no se menciona en parte alguna de la Sentencia objeto de mi disenso), por simple coherencia este Tribunal debía haber reconocido igualmente a Galicia la competencia para regular las instituciones de la adopción y la autotutela. En efecto, baste recordar que en la STC 95/2017 se reconoció la competencia de Cataluña para regular las figuras jurídicas de la propiedad temporal y la propiedad compartida por su conexión con la enfiteusis y la sustitución fideicomisaria, conexión que en absoluto es más fuerte que la que presentan las instituciones de la adopción y la autotutela con determinadas figuras tradicionales del derecho gallego, a las que ya me he referido"*. E tamén menciona, na mesma liña de trato diferenciado, a STC 88/1993, do 12 de marzo, sobre a constitucionalidade dunha norma aragonesa sobre a adopción, que non conservaba nin modificaba un dereito consuetudinario preexistente, sobre a base da existencia de *"una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón"*.

3. POSIBLE CONEXIÓN, PARA OS EFECTOS DE REGULAR A “CUSTODIA COMPARTIDA”

Á vista dos precedentes da doutrina constitucional expostos, para dar resposta á pregunta formulada polo Parlamento de Galicia, no marco da tramitación da Proposta (10/PPLI-000001), o elemento xurídico decisivo é situar o desenvolvemento da futura norma autonómica ata onde alcancen os principios informadores do dereito civil de Galicia, con inclusión de calquera institución conexas.



3.1 Na procura da “conexión”, o dereito autonómico comparado non parece fornecer elementos determinantes trasladables ao caso galego

A doutrina da conexión entendida nos termos expostos propicia que o desenvolvemento dos distintos dereitos civís forais non teña a mesma amplitude en todos os territorios. En efecto, cada un deles conta con diferentes materias e institucións, en función da regulación da que historicamente dispoñían e do contido dos seus estatutos de autonomía, así como da distinta dinámica de desenvolvemento con base nos seus respectivos principios xerais e institucións conexas. Por iso a tarefa comparativa carece de automatismo.

En todo caso, con carácter xeral, as exposicións de motivos das leis autonómicas que regulan a custodia compartida acoden a referencias xenéricas dos seus estatutos de autonomía e á doutrina constitucional que permite o desenvolvemento do seu dereito civil propio. Así, por exemplo, a exposición de motivos da Lei 7/2015 do País Vasco fai referencia á competencia xenérica derivada do artigo 10.5 do seu estatuto de autonomía, que establece como unha das súas competencias exclusivas a conservación, modificación e desenvolvemento do dereito civil foral e especial, e así mesmo indica unha “conexión” por medio da súa Lei de parellas de feito.

Téñase en conta que o Pleno do Tribunal Constitucional, por providencia do 18 de xullo de 2017, acordou admitir a trámite a **cuestión de inconstitucionalidade** número 2764-2017, formulada polo Xulgado de 1ª Instancia e Instrución número 2 de Éibar, no procedemento de medidas provisionais número 4/2017, en relación co artigo 11.3, 4 e 5 da Lei do Parlamento Vasco 7/2015, do 30 de xuño, de relacións familiares en supostos de separación ou ruptura dos proxenitores, por posible vulneración do artigo 149.1.8 da CE, e, de conformidade co disposto no artigo 10.1.c) da LOTC, reservou para si o coñecemento da presente cuestión.

3.2 Conexión en Galicia con institucións paterno-filiais

Unha primeira aproximación, salvo mellor criterio, non permite destacar ningunha institución conexas relativa a relacións paterno-filiais. As prácticas e costumes máis próximas poderían ser precisamente aquelas existentes ao redor do *afillamento* e outros mecanismos de acollemento, que, convén recordar, non foron consideradas suficiente conexión cunha materia moi próxima á súa natureza, coma a adopción; por conseguinte, dificilmente poida servir para unha cuestión relacionada co exercicio da responsabilidade parental en casos de ruptura da convivencia entre os proxenitores.



3.3 Conexión con institucións “familiares”

A actualización do dereito de familia en Galicia ex art. 149.1.8 da CE por medio da regulación de institucións conexas foi un labor construtivo complexo, pois moitas das institucións familiares en sentido estrito non estiveron presentes como tal na súa cultura xurídica singular, pero si que algúns dos seus elementos aparecen mesturados en principios informadores de institucións sucesorias e contractuais de indubidable raíz familiar. Así, os principios de coidado e atención dos membros da familia extensa, a indivisibilidade do patrimonio familiar, a autoridade dos maiores, e en particular do cónxuxe viúvo, articulados arredor do concepto de “casa”, están na base da conservación dun modelo de familia posta ao servizo da construción dun modelo sucesorio diferenciado e propio.

A STC 133/2017 non nega a existencia de diversas normas consuetudinarias e recoñece expresamente que a casa e a compañía familiar son “los dos pilares básicos” do dereito propio galego. O que non admite é que presenten conexión suficiente coa institución da adopción. Incluso o discurso do voto particular do maxistrado Xiol Ríos, que mantén a idoneidade do *afillamento* como institución conexas, o fai pola vía patrimonial, e non por unha posible competencia en materia de relacións paternofiliais. Di, concretamente, que o elemento persoal das institucións familiares conexas estaba ao servizo da conservación do patrimonio familiar, de aí que cumpriran co canon da conexión orgánica. Polo tanto, dificilmente nos serviría como argumento para a conexión entre institucións familiares e sucesorias galegas coa regulación das relacións paternofiliais tras a ruptura da convivencia dos proxenitores.

3.4 Principios informadores de natureza familiar

Neste eido, procede analizar se, en vez de evocar institucións concretas (“*casa*”, “*compañía familiar*”, “*afillamento*”), sería suficiente, a modo de título competencial para o desenvolvemento dos artigos 172 a 174 da Lei de dereito civil de Galicia, referirse á liberdade de pactos como principio informador.

O labor de modificación, ou de actualización necesaria de institucións e materias xa reguladas, como a normación das materias e institucións conexas, débese facer de xeito acorde cos principios xerais informadores ou inspiradores do dereito civil propio de Galicia.

Os principios informadores do dereito civil de Galicia vinculados á familia son esencialmente patrimoniais.



A regulación do réxime do exercicio da responsabilidade parental despois da ruptura da convivencia entre os proxenitores alcanza directamente unha materia de natureza estritamente persoal que non favorece ou completa o principio vertebrador de unidade do patrimonio familiar presente na esencia das institucións familiares e sucesorias propias do dereito civil de Galicia, de modo que a conexión orgánica non se sostén.

A liberdade de pactos, sen máis limitacións ca as contidas na lei, está referida ao “**réxime económico** familiar e sucesorio” (art. 174 da LDCG), e no caso das parellas de feito, o apartado 3 da disposición adicional 3ª indica que “Os membros da unión de feito poderán establecer validamente en escritura pública os pactos que consideren convenientes para rexer as súas relacións económicas durante a convivencia e para liquidalas tras a súa extinción, sempre que non sexan contrarios ás leis, limitativos da igualdade de dereitos que corresponden a cada convivente ou gravemente prexudiciais para cada un deles”.

Sen prexuízo das anteriores consideracións que serviron para conformar o parecer maioritario da Comisión Superior sobre a falta de competencia do lexislador galego para regular a materia, o Plenario acordou anexar así mesmo, como voto particular, o parecer minoritario en base as consideracións que de seguido se indican:

VOTO PARTICULAR:

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS A PROL DA CONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSICIÓN DE LEI DE CORRESPONSABILIDADE PARENTAL E RELACIÓNS FAMILIARES NO CESAMENTO DA CONVIVENCIA.

1. Obxectivo deste estudo.

O contido recollido neste documento é favorable ao recoñecemento á Comunidade Autónoma de Galicia de título competencial suficiente en tal materia, expoñéndose a continuación só algúns dos argumentos pertinentes, e non de forma extensa, dada a natureza da encarga.



2. Obxeccións á competencia da Comunidade Autónoma galega para regular a Lei de corresponsabilidade parental e outras relacións familiares.

2.1. Invade competencias do Estado. Falta de competencia da Comunidade Autónoma galega nesta materia.

Isto lévanos, claro está, ao debate sobre a interpretación do artigo 149.1.8 da CE, que atribúe ao Estado competencia exclusiva sobre a lexislación civil “sen prexuízo da conservación, modificación e desenvolvemento polas comunidades autónomas dos dereitos civís, forais ou especiais, alí onde existan”. A cuestión que nos ocupa agora, en concreto, é se a Comunidade Autónoma galega ten competencia para legislar sobre a materia de corresponsabilidade parental e relacións familiares no cesamento da convivencia. O artigo 27 do Estatuto de autonomía de Galicia di que lle corresponde a competencia exclusiva na “conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil galego”.

Nótese que o lexislador estatal, no artigo 92 do CC, limitouse a establecer a posibilidade excepcional da custodia compartida sen maior regulación, e que no caso das parellas de feito existe unha pasividade lexislativa total, o cal xerou un baleiro normativo.

Moito se ten escrito sobre o tema, polo que este documento se limita a resaltar, de maneira concisa, só aquelas argumentacións que poidan xustificar a competencia lexislativa galega en canto á corresponsabilidade e outras relacións familiares.

2.1.1 Crítica á concepción restritiva dos dereitos civís territoriais.

A propósito da STC 133/2017, do 16 de novembro¹, tense dito que a distribución competencial en materia de dereito civil non é pacífica, nin moito menos unánime, nin sequera entre os propios maxistrados do Tribunal Constitucional, aparecendo con asiduidade votos particulares que se ocupan desta polémica cuestión. Sería o caso, entre outras, da STC 88/1993, do 12 de marzo, conforme á cal se entende que as comunidades autónomas que tiñan dereito civil propio, coma Galicia, poderían desenvolvelo coa única limitación das materias que o punto segundo do artigo 149.1.8 da CE reserva ao Estado.

¹ Como pon de manifesto a Asesoría Xurídica da Xunta e reflicte a STC 133/2017, do 16 de novembro.



En igual liña de criterio, e con apoio nesta mesma resolución, un dos votos particulares formulados na STC 192/2016, do 16 de novembro², defende que o dereito civil foral non pode ser concibido como unha serie máis ou menos residual de normas e institucións illadas e asistemáticas, senón como un sistema normativo dotado da sistematización e conexión interna e da complementación propias dun ordenamento que ten, ademais, constitucionalmente recoñecida a posibilidade de determinar as súas específicas fontes de produción normativa.

Dito o anterior, cabe afirmar que a reserva efectuada ao Estado polo artigo 149.1.8 da CE “en todo caso” das materias da lexislación que figuran a continuación da dita expresión constitucional non supón a inclusión do relativo á garda e custodia dos fillos como elemento competencial e habilitante dunha actuación autonómica como a do Parlamento galego no seu lexítimo exercicio das facultades do artigo 27 do estatuto. E isto é así porque non cabe identificar a garda e custodia dos fillos coas formas de matrimonio.

2.1.2 Actualización dos dereitos históricos.

O concepto xeral de actualización dos dereitos históricos, unha vez admitido pola xurisprudencia constitucional, carece de sentido ningún no marco do dereito privado se non se entende que poida referirse a sistemas non vixentes no momento da entrada en vigor da Constitución, pois para os que se atopaban vixentes nesta data non cabe falar de actualización ou recuperación de dereitos históricos, senón simplemente de conservación de sistemas vixentes³.

2.2 Non existen figuras conexas co dereito civil galego.

Esta obxección carece de valor polas seguintes razóns:

2.2.1 O ámbito material.

Compártese a opinión de que para que exista esa conexión da nova materia –neste caso, a corresponsabilidade parental– co dereito de familia, non son necesarias regulacións expresas da familia, senón que abonda con normativas das que tacitamente se infira que pertencen á materia familiar⁴.

A transversalidade da devandita materia impregnaría a lexislación galega, como sucede coa Lei 3/2011, do 30 de xuño, de apoio á familia e á convivencia en Galicia. Entre os

² Voto particular do maxistrado Xiol Ríos na STC 192/2016, do 16 de novembro.

³ Voto particular do maxistrado Xiol Ríos na STC 192/2016, do 16 de novembro.

⁴ Asesoría Xurídica da Xunta, a propósito da STC 133/2017, do 16 de novembro.



seus principios eríxese, precisamente, o de igualdade, que se plasma do seguinte xeito: “recoñecerase e respectarase a igual dignidade de homes e mulleres, a igualdade dos seus dereitos e a súa corresponsabilidade na vida familiar, particularmente no mantemento, no coidado e na educación dos fillos e as fillas, dos e as ascendentes e das persoas ao seu cargo”. En último lugar –e como modesta achega–, poderíase suscitar que quizais pola vía dos artigos 172 e 174 da LDCG 2/2006 sería posible encontrar a conexión precisa para legislar fundadamente sobre a corresponsabilidade parental.

Moi interesante é tamén a idea conforme á cal o que esixe o artigo 149.1.8 da CE é unha conexión, e non unha congruencia plena, coas peculiaridades históricas⁵, e con base nisto non cabe dúbida de que o lexislador galego ten competencia para regular a corresponsabilidade parental no marco do desenvolvemento do seu dereito propio. Neste sentido, basta recordar aquí o pacto de educación, convivencia e mantemento que a actual LDCG admite na compañía familiar galega constituída entre labradores con vínculo de parentesco para vivir xuntos e realizar unha explotación en común, permitindo os artigos 158 e 159 a súa documentación. Tamén se respecta que o dito título constitutivo rexa a actuación familiar en materia, entre outros, de gastos de mantemento, vestido, instrución, asistencia médica e enterramento, tanto dos asociados coma das persoas constituídas na súa potestade –artigo 162–. En xeral, non resulta necesario recorrer ao noso dereito consuetudinario nin á realidade rural para encontrar tales acordos, con posibilidade de acceso ao Rexistro, como sucede cos protocolos familiares empresariais relativos, entre outros, á educación e formación en familia dos fillos da mesma.

Cómpre advertir que na STC 88/1993, do 12 de marzo, o avogado do Estado manifestaba que “el derecho foral podrá ser modificado y desarrollado, pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca a costa del derecho común, porque ahí, precisamente, se encuentra el límite de otra competencia atribuida explícita y exclusivamente al Estado”. No noso caso, o dito desenvolvemento sería o a través dos artigos 172 e 174 da actual Lei de dereito civil de Galicia.

2.2.2 Pactos en situación de crise. O encaixe dos artigos 172 e 174 da LDCG 2/2006.

A simple vista pode parecer que nada teñen que ver os citados preceptos coa competencia da Comunidade Autónoma galega en materia de corresponsabilidade e outras relacións familiares, dado que recollen normas de contido puramente “económico”. No entanto, parece interesante abrir o debate sobre esta cuestión, porque quizais podería

⁵ Voto particular do maxistrado Conde Pumpido na STC 133/2017, do 16 de novembro.



apoiar de forma suficiente o pretendido encaixe competencial. Expóñense ao respecto algunhas consideracións, se ben non é o momento de espraíarse nelas.

En primeiro lugar, encontramos o antecedente do actual artigo 174 no artigo 113.2 da LDCG 4/1995, que recollía expresamente como contido das capitulacións o réxime económico “familiar” e sucesorio, e que obedecían na práctica ao gran número de fracasos matrimoniais. Non estaría de máis indagar sobre o percorrido histórico da norma, que, por certo, foi obxecto de estudo na Comisión non permanente de dereito civil de Galicia encargada daquela lei. Pois ben, cabe formular a cuestión acerca de que o artigo 174 da actual lei non deba ser interpretado literalmente: primeiro, porque iso conduciría a unha lóxica restrición da propia autonomía da vontade; segundo, porque hai que rexenerar o contido das capitulacións; e terceiro, porque a vida familiar e social sufriu un notable cambio neste tempo. Reflicte moi ben este último aspecto a ILP sobre corresponsabilidade parental na súa exposición de motivos ao describir o modelo de familia e o interese do menor. Procede subliñar a nosa postura acerca do principio que debe presidir esta materia e que basicamente se concreta en que os menores deben poder gozar dunha situación familiar o máis favorable posible, como a que tiñan antes do cesamento da convivencia dos seus proxenitores.

En segundo lugar, no citado artigo 172 teñen cabida os denominados “capítulos de derribo”, que teñen como fin evitar o conflito sobre o que debe de ser o contido do convenio regulador en situacións de separación, divorcio e nulidade, coma, entre outros distintos supostos, a contribución ás cargas, as pensións de alimentos ou os pactos sobre a compensatoria, o réxime de visitas e as demais cuestións relativas á custodia de fillos⁶. No ámbito non patrimonial, ao fío do que se dixo, cabería pactar, así mesmo, cuestións referidas á garda e custodia dos fillos e demais relacións familiares, que serían revisables e modificables por un xuíz nun proceso de separación ou divorcio, de se entender que o sistema non é o idóneo para tal menor. Igual sucedería cos protocolos familiares antes citados ou cos acordos de convivencia, educación e mantemento da compañía familiar galega cando se “case para a casa”.

Convén recordar que os acordos dos cónxuxes se perfeccionan polo mero consentimento que prestan, sendo de aplicación, como reconece a STS do 22 de abril de 1997, as normas relativas á teoría xeral do contrato, inda que estean sometidas ás indicacións específicas que poida haber de dereito de familia, podendo realizarse pactos específicos

⁶ Vid. M^a Mercedes Bermejo Pumar, “El régimen económico familiar. El título IX de la Ley 2/2006, de 14 de junio”, en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, Consejo General do Notariado, 2007, p. 107 e ss.



sobre, entre outros, o deber de convivencia ou o deber de compartir o coidado e atención de descendentes, ascendentes e persoas dependentes ao seu cargo⁷.

Resulta claro que a garda e custodia compartida non podería ser entendida no dereito civil galego na forma que hoxe se valora, entre outras razóns porque as causas de disolución do matrimonio diverxían das actuais. En consecuencia, o lexislador cinguiuse a unha realidade xurídica, pero desde que esta muda, a interpretación da norma debe ser distinta, e máis se nos referimos a relacións familiares en que poida ser necesaria a protección do menor. Non esquezamos que no ámbito do dereito privado ten especial importancia o criterio sociolóxico en materia civil, é dicir, a tarefa de interpretar a realidade social do tempo en que a norma debe ser aplicada⁸.

Con todo o expresado, o que se pretende con estas consideracións é evitar o hipotético reproche do Tribunal Constitucional acerca de que o lexislador galego, ao regular a corresponsabilidade parental, non está codificando unha antiga realidade existente, senón innovando o seu dereito, para o que, neste caso, non posúe competencia. E é unha anterior e evidente realidade que, desde o contido das capitulacións matrimoniais – ou *more uxorio*–, conforme as leis de dereito civil de Galicia, é perfectamente abordable calquera suposto que afecte ao futuro –económico ou persoal– dos membros da parella. E dicimos “calquera suposto” porque non imaxinamos neles a intención de excluír ningún.

⁷ Vid. Francisco Rosales, “Capitulaciones matrimoniales. Algo más que el régimen económico del matrimonio”, en <https://www.notariofranciscorosales.com/tag/capitulaciones-matrimoniales/>.

⁸ Voto particular do maxistrado Xiol Ríos na STC 133/2017, do 16 de novembro.