

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:
Soledad Pérez Rodríguez
Coordinación:
Pilar Gutiérrez

Contenidos:
Área de Derecho Constitucional
de la Universidad de Málaga

Dirección Técnica:

M.^a Luisa Balaguer

Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.^a del Mar Navas Sánchez

M.^a Dolores Cabello Fernández

Montserrat Reyes

Se permite la reproducción parcial o total de sus textos siempre que se cite su procedencia. Los artículos doctrinales y comentarios son colaboraciones cedidas a Boletín Jurídico "Artículo 14", que no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los mismos.

Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ Doña María Coronel, 6

41071 Sevilla.

Tel.: 954 54 49 10

Fax: 954 54 49 11

Puede consultarse "Artículo 14" en:

<http://www.juntadeandalucia.es/>

[/institutodelamujer](http://institutodelamujer)

Diseño y Maquetación:

Fotomecánica Magenta

Imprime:

Tecnographic

Dep. Legal:

SE-2460-01

ISSN:

1696-6988

Sumario:

PRESENTACIÓN

Soledad Pérez Rodríguez. Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

"Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida", Blanca Sillero Crovetto. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga. 4

LEGISLACIÓN

Conclusiones del Consejo de 6 de diciembre de 2010 sobre el refuerzo del compromiso de eliminar las diferencias de retribución entre mujeres y hombres y la intensificación de las medidas a tal efecto, y sobre el examen de la aplicación de la Plataforma de Acción de Pekín. María Dolores Cabello Fernández. Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga. 21

Decreto 440/2010, de 14 de diciembre, por el que se regula la elaboración del Informe Periódico, relativo a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito competencial de la Administración de la Junta de Andalucía. 27

Decreto 12/2011, de 25 de enero, por el que se crea y regula la Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la Igualdad de Género. 29

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN 32

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30 noviembre 2010: asunto 35159/09 Transexualidad y régimen de visitas hijo: no discriminación por parte de España. María Luisa Balaguer Callejón. Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga. 35

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 16 de septiembre de 2010. Comentario "Una oportunidad desaprovechada entre la conciliación y la corresponsabilidad". Antonio Javier Trujillo Pérez. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga. 40

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 96/2010, de 15 de noviembre de 2010. Prohibición de una manifestación, conmemorativa del día internacional de la mujer, convocada en período electoral. María Luisa Balaguer Callejón. 48

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª), de 1 de junio de 2010, sobre el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, de entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. 54

ARTÍCULO 14

PRESENTACIÓN

La consecución real de la igualdad de mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida social, económica, cultural y política, constituye un objetivo transversal que afecta a todas las Administraciones Públicas y a todos sus ámbitos de actuación, en este sentido, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, establece el marco jurídico en el que los poderes públicos deben centrar el conjunto de acciones y políticas para avanzar en la igualdad de mujeres y hombres.

Por su parte, el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2010-2013, recoge los objetivos, ámbitos y medidas para que el principio de igualdad esté presente en el conjunto de acciones y políticas emprendidas por los poderes públicos, en el desarrollo de sus competencias, impregnando horizontalmente todas y cada una de sus actuaciones para dotarlas de mayor efectividad. Así como, las estrategias para impulsar la coordinación y consenso necesario para hacer converger, las diferentes acciones de la Administración de la Junta de Andalucía, de los ayuntamientos y de las diputaciones provinciales hacia la igualdad de oportunidades.

Hay que destacar, que en Andalucía la incorporación de las metas de igualdad de género en la agenda política está impulsando la creación e implementación de acciones e instituciones para promover la igualdad, que vienen desarrollando una intensa labor y propiciando avances muy importantes, que exigen que se estreche el compromiso activo con la igualdad de género y las estrategias comunes de cooperación y coordinación, entre las diferentes administraciones públicas, de acuerdo con el mandato del artículo 4.9 de la Ley 12/2007, que proclama como uno de los principios generales que ha de regir la actuación de los poderes públicos andaluces, con el objetivo de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, “el impulso de las relaciones entre las distintas Administraciones, instituciones y agentes sociales basadas en principios de colaboración, coordinación y cooperación”.

Con estos objetivos, se crea y regula, mediante Decreto 12/2011, de 25 de enero, la *Comisión de Coordinación de las políticas autonómicas y locales para la Igualdad de Género*, en la que están representadas la Junta de Andalucía, los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales.

La Comisión es el órgano colegiado de participación administrativa encargado de coordinar e impulsar la integración del enfoque de género en las políticas y programas, en materia de igualdad de mujeres y hombres, desarrollados por las diferentes Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma. Entre sus funciones destacan, la de promover la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, hacer un seguimiento del cumplimiento, desarrollo y aplicación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, así como, cooperar y realizar propuestas en materia de igualdad.

También publicamos en el presente número de Boletín Jurídico, el Decreto 440/2010, de 14 de diciembre, por el que se regula la elaboración del Informe Periódico, relativo a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito competencial de la Administración de la Junta de Andalucía, en virtud del cual se establece la periodicidad, el contenido y el procedimiento de elaboración del informe periódico.

La estructura y contenido del informe deberá recoger, el seguimiento de las actuaciones desarrolladas por la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales, en relación con la aplicación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, y el seguimiento de las actuaciones contempladas en el Plan Estratégico, además, deberá recoger las medidas correctoras que se adopten para alcanzar la igualdad efectiva. El Informe, en su propuesta, será analizado y debatido por la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres (creada mediante Decreto 437/2008, de 2 de septiembre), y será aprobado por el Consejo de Gobierno y remitido al Parlamento Andaluz.

Con estos desarrollos normativos, se fortalece nuestro marco jurídico para alcanzar la igualdad real, por un lado, se crea un espacio de coordinación y cooperación, la *Comisión de Coordinación de las Políticas Autonómicas y Locales para la Igualdad de Género*, donde confluye de manera prioritaria el objetivo de la consecución de la igualdad de mujeres y hombres, y por otro, se regula el *Informe Periódico*, una de las garantías previstas en relación con la efectividad del principio de igualdad, instrumentos que contribuirán a generar el impulso e implementación de las políticas de igualdad necesarias para seguir avanzando hacia una sociedad más justa e igualitaria.

Soledad Pérez Rodríguez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

DOCTRINA

REFLEXIONES EN TORNO AL MARCO LEGAL DE LA “CUSTODIA COMPARTIDA”

BLANCA SILLERO CROVETTO¹

(Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Málaga)

Sumario:

1. Presentación. 2. La patria potestad. 2.1. Titularidad de la patria potestad. 2.2. Ejercicio de la patria potestad. 3. La guarda y custodia: Régimen legal. 3.1. Criterios de atribución de la guarda y custodia antes de la entrada en vigor de la ley 15/2005. 3.2. La custodia compartida en la ley 15/2005. 3.3. Interpretación del nuevo texto legal por el Tribunal Supremo. 4. La Ley de Custodia Compartida de Aragón. 5. Reflexiones finales

1. PRESENTACIÓN

Cuando en diciembre de 2004 se inició la tramitación del Proyecto de Ley que modificaba el Código Civil en materia de separación y divorcio, pocos podían anticipar, como ponen de manifiesto GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO², que la llamada “custodia compartida” iba a ser el tema estrella de todo el proceso y el único capaz de hacer sombra mediática a la otra modificación del Código que, en materia de Derecho de familia, seguía en el Parlamento un camino prácticamente coetáneo: la que abría el matrimonio a las parejas de homosexuales³.

Años después la figura de la “custodia compartida”, sigue provocando un profundo debate social, en el que no siempre resultan pacíficos los términos utilizados, existe una gran confusión que trasciende de la regulación legal y se pone de manifiesto en la aplicación jurisprudencial de las normas. Es por ello que consideramos necesario delimitar en primer lugar, conceptos tales como el de patria potestad y ejercicio de la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico, para a continuación profundizar en el significado de la “custodia compartida”, para lo cual nos servimos de la interpretación que al respecto han realizado y realizan nuestro Tribunales.

Al estudio de los preceptos del Código Civil, añadimos la referencia a la reciente entrada en vigor en la Comunidad Autónoma de Aragón de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

2. LA PATRIA POTESTAD

Para delimitar el concepto de patria potestad debemos partir de lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del artículo 39 de la Constitución Española, en los que se establece en primer lugar, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y, en segundo lugar, el deber de los padres de prestar a los hijos una completa asistencia en todos los ámbitos, sin distinción de que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, y ello durante su minoría de edad y después en los casos en que legalmente proceda.

El título VII del Libro I del Código Civil se refiere a las relaciones paterno-filiales y a todo lo relativo a la patria potestad, disponiendo el párrafo primero del artículo 154, que “los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres”.

El Código Civil español no define el concepto de patria potestad y su significado se obtiene de la interpretación sistemática de diferentes preceptos: artículos 154, 156, 162 entre otros, pudiendo definirse como “el conjunto de

¹ El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto “Multiculturalidad, Género y Derecho DER2009-08297”, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

² “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, Congreso sobre “Cambios legislativos y perspectiva de género: la situación de la mujer ante las recientes reformas legislativas en materia de familia violencia contra las mujeres”, Santiago, mayo, 2005, publicado en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 8 febrero, 2006.

³ Ley que terminó siendo la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

DOCTRINA

derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico concede a los progenitores a fin de poder realizar las funciones de cuidado, atención y educación de los hijos”⁴.

Características que se pueden atribuir a la patria potestad son⁵:

Se trata de un conjunto indisoluble de derechos-deberes.

Surge como consecuencia de la filiación, ya sea biológica o adoptiva.

Se ejerce siempre en beneficio de los hijos menores de edad o incapacitados.

Se ejerce de forma conjunta por ambos progenitores.

Con carácter general el artículo 154 viene a regular el contenido de esta figura jurídica, estableciendo dos grandes categorías de actuación:

Aquellas funciones con un contenido de atención personal y que se desarrollan, fundamentalmente, dentro de la esfera familiar, como son el deber de “velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una atención integral”, y,

Aquellas funciones con un contenido patrimonial y que se desarrollan fuera de la esfera familiar entre las que se encuentran “la representación de los menores y la administración de sus bienes”.

La ausencia de un concepto de patria potestad en el articulado del Código Civil, ha provocado que sea tanto la doctrina como la jurisprudencia las que hayan llevado a cabo esta labor. Así la **STS de 11 de octubre de 1991**, afirma que: *“el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular –como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos– sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que un adecuado cumplimiento lleva unas finalidades sociales –en este caso de interés familiar– que le hace especialmentepreciado para el ordenamiento jurídico”*. En la **STS 24 de abril 2000**, se sigue manteniendo que: *“la patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 del Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2)”*.

Se asienta por tanto la patria potestad en dos principios fundamentales que son: la inderogabilidad e irrenunciabilidad de la titularidad de la misma, de tal forma que la autonomía de la voluntad solo puede alcanzar en todo aquello relativo al ejercicio de la patria potestad⁶.

2.1. TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

La titularidad de la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico, correspondía solo al padre hasta la reforma del Código Civil en 1981, introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo que pone fin a esta situación, discriminatoria de forma flagrante para la mujer e inconstitucional, estableciendo el artículo 156 CC que, “la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro...”.

⁴ Señalan GARCÍA RUBIO, M^o P. y OTERO CRESPO, M., *op. cit.*, pág. 4, que “con la Ley 15/2005 lo que se debió valorar, en un momento en que el legislador está obligado a velar porque las leyes que aprueba no contengan elementos directa o indirectamente discriminatorios, fue el cambio del término “patria potestad” por otro neutral desde la perspectiva de género, pues no cabe duda que, a pesar de su carácter tradicional o precisamente por él, evoca al padre y no a la madre. *Lege ferenda* debe producirse su sustitución por otro más adecuado, como el de “autoridad parental” o “responsabilidad parental” al modo en que se ha hecho en el Derecho comunitario, en otros países de nuestro entorno, o incluso algunas Comunidades Autónomas. La Enmienda al Proyecto de Ley n^o 10, firmada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) iba en el sentido indicado (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8).

El artículo 2 del Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, define los siguientes términos:

“Responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”.

⁵ PÉREZ-VILLAR APARICIO, R. y otras, *Estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, Asociación de Mujeres Juristas, 2006.

⁶ “La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del artículo 154 del Código Civil”, **STS 31 diciembre 1996**.

DOCTRINA

La regla general es, pues la de la titularidad conjunta de la patria potestad, lo que significa que ambos progenitores tienen que actuar de forma consensual en el ejercicio de ese derecho-deber, excepto en supuestos como:

En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro, art. 156.

Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia penal firme, art. 111.1.

Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra la oposición de uno de los progenitores, art. 111.2

Cuando el padre o la madre hayan sido privados de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, art. 170⁷.

2.2. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 156 del Código Civil, corresponde a ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad, siendo válidos los actos realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Si bien, según el mismo precepto, *“si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”*.

Pudiera interpretarse del tenor literal de este precepto que la regla general es: a) el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, en supuestos de convivencia, y b) el ejercicio unilateral en los supuestos en que los progenitores no convivan. Sin embargo, en los procedimientos de separación, nulidad y/o divorcio, y en los procedimientos de regulación de las relaciones paterno-filiales de las parejas de hecho, la regla general es la de la atribución de la patria potestad compartida a ambos progenitores, si bien en determinados supuestos se puede atribuir el ejercicio total o parcial a uno de los progenitores, con base en el interés del menor, mediante acuerdo de aquellos o por decisión judicial.

En los supuestos de desacuerdo entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, el Código Civil contempla diferentes soluciones:

Cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decisión al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurrieran cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

La posibilidad de privar total o parcialmente de la patria potestad, se podrá realizar también mediante sentencia dictada en una causa penal en los siguientes supuestos:

El inculpaado por violencia de género podrá ser suspendido del ejercicio de la patria potestad, artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre⁸.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la finalidad de otorgar una mayor protección a los menores, ha considerado adecuado crear la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el artículo 39, fijándose su contenido en el artículo 46⁹. Esta nueva pena tendrá el carácter de principal en los supuestos previstos en

⁷ El análisis de la jurisprudencia permite afirmar que la privación de la patria potestad se acuerda en nuestro país con carácter restrictivo, cuando sus titulares hacen dejación de la misma o realizan un ejercicio gravoso para los menores sujetos a patria potestad y por tanto su mantenimiento supondría un daño para los mismos, en este sentido se pronuncia la STS 31 diciembre 1996, al declarar que, *“La Sala con acierto, establece que, aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la Ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código civil, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revela precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil”*.

⁸ Dispone el art. 65 que: *“El Juez podrá suspender para el inculpaado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera”* junto a ello, establece el art. 66 que: *“El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpaado por violencia de género a sus descendientes”*.

DOCTRINA

el artículo 192¹⁰ y el de pena accesoria de acuerdo con lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido¹¹.

3. LA GUARDA Y CUSTODIA: RÉGIMEN LEGAL

El artículo 154 del Código Civil, como ya hemos indicado, determina los deberes y facultades que comprende la patria potestad, y resulta obvio que en los supuestos de ruptura y cesación de la convivencia de los progenitores es cuando, al menos uno de los derechos-deberes que configuran dicha patria potestad, “tenerlos en su compañía” se disocia, cobrando vida de forma autónoma e independiente del conjunto de las funciones que se engloban dentro del término patria potestad y configura lo que en la práctica de nuestros Tribunales se ha dado en llamar “guarda y custodia”, concepto que no era contemplado en nuestra legislación nacional, y se ha venido acuñando jurisprudencialmente, y ha sido introducido, de forma expresa, en el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Sin embargo dicha reforma ni define ni delimita el concepto de “guarda y custodia”, y mezcla de forma indistinta términos y expresiones como “guarda”, “guarda conjunta”, “cuidado de los hijos”, “progenitor que no tenga consigo a sus hijos”, de una forma caótica y poco técnica.

El artículo 90 CC, en su nueva redacción dada por la Ley 15/2005, cuando se refiere al convenio regulador, incluye: “a) el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.

El artículo 92, se refiere de forma indistinta al “ejercicio compartido de la guarda y custodia” y “guarda conjunta”.

El artículo 94, dispone “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitas, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

El artículo 103, se refiere a, “1. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos...” y “tomar las medidas apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar ellos y tenerlos en su compañía”.

Se dejó pasar una oportunidad para proceder a la unificación terminológica de la que adolece el Código Civil, y es que como hemos indicado en los supuestos de separación, divorcio, nulidad y ruptura de las parejas de hecho, con carácter general, la patria potestad sigue compartiéndose por ambos progenitores, lo que significa que todos y cada uno de los derechos-deberes que la integran siguen correspondiendo a ambos ascendientes lo que significa que, aún en esos supuestos de crisis, ambos progenitores deberán y podrán ejercer las facultades y deberes contenidos en el artículo 154 CC. Ahora bien, es evidente que, sin perjuicio de todas y cada una de las obligaciones señaladas, no es menos obvio que no puede compartirse la convivencia.

⁹ La reforma mantiene la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad e incorpora la pena de privación de la patria potestad. Se trata de una de las penas privativas de derechos (artículo 39.j), que se consideran penas graves, artículo 32.2.j). Como pone de manifiesto RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C, en, “Notas sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal”, *InDret*, Barcelona, mayo, 2009: “Privación de la patria potestad e inhabilitación para el ejercicio de la misma son figuras semejantes, en el sentido de que tanto el progenitor inhabilitado para el ejercicio del derecho de patria potestad como el progenitor privado de la potestad de los padres pierde los derechos o facultades propios de la potestad de los padres, pero conserva los deberes que conlleva. Ahora bien, la pena de inhabilitación no comporta la pérdida de la titularidad de la patria potestad, sino que limita su ejercicio y, en cambio la privación de la patria potestad supone la extinción de la titularidad... Por otra parte la protección que ofrece la medida civil de privación de la patria potestad es mayor que la que deriva de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, y que, según los hechos de cada caso, puede ofrecer ventajas comparativas, señaladamente evitar el peregrinaje de jurisdicciones”.

El artículo 46 define la pena de privación de la patria potestad como “la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de que sea titular el hijo respecto del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas”.

¹⁰ El artículo 192, en su nueva redacción contempla la pena de privación de la patria potestad como pena principal en las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Y es que es en el ámbito de este tipo de delitos donde la demanda social de medidas de protección eficaces para los menores afectados ha sido más relevante.

¹¹ La nueva redacción de los artículos 55 y 56 ha supuesto, por una parte y respecto a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, ampliar su aplicación a las penas de prisión igual o superior a diez años, y en segundo lugar, incorporar la privación de la patria potestad como pena accesoria en relación con la pena de prisión, sea inferior, igual o superior a los diez años.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

Por ello y sin perjuicio de que la patria potestad siga siendo compartida el progenitor que convive habitualmente con los hijos sometidos a potestad viene obligado a realizar una serie de funciones que pueden denominarse domésticas derivadas del quehacer diario, tareas que son solo una parte de un concepto más amplio, que responden al contenido de los que jurisprudencialmente se ha configurado como deberes de "guarda y custodia"¹².

Ello no significa que el progenitor no custodio quede excluido de las funciones derivadas de la patria potestad que quedan intactas derivadas de su titularidad, por lo que en la práctica todas aquellas decisiones que vayan a afectar de una forma determinante a la vida del menor deben ser tomadas de mutuo acuerdo por ambos progenitores y, en caso de desacuerdo, someter la decisión a los tribunales, de forma que deben ser necesariamente adoptadas de forma consensuada por ambos progenitores:

Aquellas decisiones relativas a la salud (tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, etc.).

Aquellas decisiones relativas a la educación (elección del colegio, traslado del colegio, etc.)¹³.

Aquellas decisiones relativas a la elección del lugar de residencia,

Aquellas decisiones relativas a la administración de los bienes, etc.

Y todo ello por ser materias que afectan a la esfera de la patria potestad ya que indudablemente van a tener una incidencia directa en el menor y compete a ambos progenitores decidir. Proporcionando además, el ordenamiento jurídico recursos para que ello sea así y en los supuestos de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez, según dispone el artículo 156.

Por tanto es perfectamente compatible la atribución a uno de los progenitores de la custodia de los hijos menores y mantener de forma compartida el ejercicio de la patria potestad, máxime cuando el propio ordenamiento está facilitando instrumentos para evitar que el progenitor custodio adopte decisiones de forma unilateral y que ambos progenitores, aún en supuestos de separación, divorcio o nulidad o cese de la convivencia puedan tomar las decisiones que afecten a los hijos comunes de una forma compartida.

3.1. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2005

La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, como venimos poniendo de manifiesto, ha sido a lo largo de los años una de las cuestiones centrales en los supuestos de crisis de pareja, tanto matrimoniales, separación, divorcio o nulidad, como no matrimoniales¹⁴. El criterio inspirador que rige en esta materia, es del beneficio del menor, *favor filii* o *bonum minoris*. Será este interés superior de los hijos el que guiará el proceso de toma de decisiones judiciales y en definitiva, la adopción de régimen de custodia y visitas más conforma con aquél.

Ahora bien, este principio de difícil definición y que ha sido concretado jurisprudencialmente no cabe duda que tiene un componente sociológico y por ello va modificándose y adaptándose a los cambios experimentados por la sociedad, de modo que el interés del menor se interpreta en función de cada caso concreto y así se viene hacien-

¹² Con el término "guarda" se alude a la convivencia con el hijo y a la toma de decisiones cotidianas, considerando que el ejercicio de la patria potestad en sentido estricto, que puede ser compartido aún siendo la guarda unilateral, afecta a las decisiones más importantes y trascendentales, STS 25 de junio 1994 y SAP Baleares, 17 septiembre 2004. Se alude a aquellos aspectos más relacionados con el control diario del desarrollo personal del niño y/o la convivencia.

El artículo 2 del Reglamento (CE) número 2201/2003, define:

"Derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia".

"Derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado".

¹³ El Defensor del Pueblo Andaluz ha exigido recientemente en el mes de enero de 2011, a la Consejería de Educación de la comunidad autónoma de Andalucía, que se regulen los "cambios o traslados de centro escolar para que la Administración confirme que esta decisión cuenta con el consentimiento expreso de los dos progenitores, en el caso de que ambos tengan la patria potestad". Afirma que, se trata de asuntos lo suficientemente trascendentes para el menor como para que los padres tengan que ponerse de acuerdo. En el caso de que no sea posible, será un juez el que tenga que resolver sobre esta controversia. También conmina a la Consejería a que se permita que ambos progenitores puedan acceder a la información sobre el proceso escolar de sus hijos.

El cambio de centro educativo, afirma, es algo que va más allá "de las decisiones normales u ordinarias de la vida del alumno, por lo que se requiere el consentimiento expreso de los progenitores. La importancia de la elección de un colegio público, concertado o privado y los cambios de una educación laica a religiosa o viceversa que puede acarrear el traslado de centro del menor, se insiste, generan una alteración sustancial". De ahí que según Chamizo se requiere el acuerdo de los dos progenitores y la Consejería no puede limitarse a tener la petición de solo uno de los padres. Dentro del ámbito educativo, según el Defensor, sería válida la decisión unilateral del cónyuge que tenga la custodia para "las decisiones relativas a excursiones, actividades escolares no habituales, solicitud de becas y otras ayudas al estudio o clases extraescolares no periódicas". El AAP Barcelona de 16 de septiembre de 2009, afirma que: "el cambio de colegio es una decisión que forma parte de la patria potestad".

¹⁴ En la práctica, el cónyuge beneficiario de la custodia, lo será también en lo que a la atribución de la vivienda familiar se refiere, a lo que habrá que sumar el carácter de la pensión de alimentos. De forma muy gráfica, "el progenitor custodio resulta destinatario principal de un paquete de beneficios: guarda de los hijos, vivienda familiar y pensión de alimentos", SAP Barcelona 19 enero 2000; SAP Murcia, 7 mayo 2002. Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.; *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) Teoría y práctica jurisprudencial, Madrid, 2005.

DOCTRINA

do en la práctica de nuestros tribunales¹⁵.

La Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil e introdujo el divorcio en España, no expresaba criterio orientador alguno para la atribución de la custodia a uno u otro progenitor, a excepción de la imposición, con carácter general, de establecer la custodia a favor de la madre de "... los hijos menores de siete años..." salvo excepciones. Esta imposición desapareció como consecuencia de la reforma operada en el Código Civil a través de la ley 11/1990 de 15 de octubre, que modificó el artículo 156, si bien tampoco recogió criterio alguno para la atribución de la custodia a favor de uno u otro progenitor, a excepción de la recomendación de no separar a los hermanos, y por supuesto, el criterio del interés superior del menor.

De un modo orientativo, y siguiendo a las autoras GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO¹⁶, podemos distinguir tres etapas en lo que a la atribución de la guarda y custodia de los hijos:

Primera Etapa: 1981-1990: preferencia materna

La jurisprudencia en esta década de los ochenta es prácticamente unánime atribuyendo la guarda y custodia de los hijos menores en exclusiva a la madre, en combinación con un derecho de visita reducido para los padres. Los pilares de esta tendencia se asientan de un lado, en la corriente psicológica imperante que consideraba la figura materna como la más idónea para el cuidado del menor y de otra, en la redacción del ya indicado artículo 156 CC, que determina que habrá que estar, en primer lugar, al acuerdo de los padres, y a falta de éste, se atribuirá a la madre cuando el menor no supere los siete años de edad, salvo que el juez decida todo lo contrario por motivos especiales. En esta excepción se sitúan todos aquéllos supuestos en los que la madre fuera considerada la culpable de la separación divorcio¹⁷.

Segunda Etapa: 1990-2000: progresivo reconocimiento de la aptitud paterna

A pesar de que desaparece la mención al umbral de los siete años, y con ello el automaticismo legal anterior, la fuerza de la tradición hace que la jurisprudencia se mantenga en la atribución de la guarda exclusiva de los menores a la madre con un derecho de visitas a favor del padre, generalmente respondiendo al esquema de fines de semana alternos y mitad de períodos de vacaciones del menor. Sin embargo, paulatinamente se atisba cierta superación plasmada en resoluciones puntuales que comienzan a reconocer aptitud a los padres, el *bonum filii* impone el que pueda discriminarse al padre salvo que existan circunstancias objetivas que así lo aconsejen.

Hay que subrayar que en 1995 hay una Instrucción del Fiscal General que recomendó a los Fiscales que se opusieran a la aprobación de las cláusulas de los convenios reguladores que contemplen una custodia compartida, al considerar que es contradictoria a los intereses de los hijos menores, lo que condujo, en algunos partidos judiciales, a hacer extensiva la práctica de formalizar los acuerdos ante Notario sin solicitar la homologación judicial, atendida la denegación sistemática de dichas peticiones¹⁸.

Tercera etapa: 2000-actualidad: hacia la custodia compartida

Con la entrada del nuevo siglo, la uniformidad en la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre se va diluyendo, produciéndose un aumento progresivo en el reconocimiento de un, cada vez más amplio, derecho de visita a favor del progenitor no custodio. Se detectan, por otra parte, los primeros pronunciamientos favora-

¹⁵ Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 de mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", y "un criterio básico y preferente" en los procedimientos en materia de familia, ATC 127/1986, de 12 de febrero, que "debe inspirar la actuación jurisdiccional", STC 217/2009, de 14 de diciembre, y que en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso "ex officio" sobre todo lo concerniente a los menores, STC 4/201, de 15 de enero. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer "incluso por encima del de sus progenitores", STS 9 de julio 2003, y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales", STS 28 septiembre 2009. Destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Vid., TORRES PEREA, J. M de; *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009.

¹⁶ *Op. Cit.*, pp. 6 y ss.

¹⁷ La STS de 2 de mayo de 1983, "priva a la madre del contacto con sus hijas menores por su adulterio, vida de vituperio y de ignominia y sevicias"; la STS de 31 de mayo de 1983, atribuye la custodia de las cuatro hijas comunes al padre declarada culpable la esposa de la separación matrimonial, en el mismo sentido, la STS de 17 de mayo de 1986, "resulta procedente la resolución de que los hijos del matrimonio queden bajo la guarda y custodia del padre probada y declarada la culpabilidad de la esposa". La STS de 27 de febrero de 1980 priva de la custodia de la hija menor al cónyuge inocente de la separación, la esposa, por considerar que las creencias religiosas de la madre, testigo de Jehová, pueden en determinadas circunstancias, poner en peligro la salud de la niña, de quedar al cuidado de la madre podría no ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario, dadas las normas sobre ellos de las creencias religiosas de ésta, acordando que la custodia de la hija menor de dicho matrimonio quede encomendada al padre".

DOCTRINA

bles a la adopción de un régimen de cuidado de los hijos no previsto en nuestro ordenamiento: la custodia compartida¹⁹.

Así pues, antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 encontramos resoluciones que atribuyen la custodia exclusiva de los progenitores, con un derecho de visitas reducido para el otro; custodia exclusiva con un derecho de visita ampliado²⁰; y excepcionalmente, custodia compartida²¹.

Los supuestos en que se concede la *custodia en exclusiva a uno de los progenitores con un derecho de visita reducido al otro* son cada vez menos frecuentes, al entenderse que el beneficio del menor aconseja el contacto habitual con ambos progenitores. Excepcionalmente, en casos de violencia de género, maltrato, sí encontramos este tipo de resoluciones, puesto que el interés del hijo exige un contacto limitado y controlada con su progenitor no custodio.

La atribución de la *custodia en exclusiva a uno de los progenitores junto con un amplio derecho de visitas al otro* es un sistema que en la práctica se asemeja a la custodia compartida y que suele ser empleado por aquellos jueces reticentes al reconocimiento de esta figura.

Hasta la reforma de 2005 la *custodia compartida* era una medida que la jurisprudencia entendía como de carácter excepcional esencialmente, por la falta de previsión legal expresa, las especiales circunstancias que han de concurrir para que pueda entenderse como la medida más favorable para los hijos así como por el peso de la práctica anterior²².

Del análisis de las resoluciones judiciales se desprende que la condición fundamental para el establecimiento de este tipo de custodia es la existencia previa de una situación de paridad entre los cónyuges. Situación de paridad que debe darse tanto a nivel de medios económicos como a nivel de dedicación al cuidado y atención de los menores, referidos siempre al periodo de convivencia, lo que permitirá a ambos progenitores seguir corresponsabilizándose del cuidado de los hijos comunes²³.

Al no contemplarse en la legislación anterior una prohibición expresa era factible que los propios progenitores pactaran, en un proceso de mutuo acuerdo, un modelo de custodia alterna.

¹⁸ Vid. ROMERO COLOMA A. M., "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", *Diario La Ley*, n° 7504, 8 noviembre 2010.

¹⁹ Las primeras alusiones a esta modalidad se localizan a final de los años 90, si bien la jurisprudencia se mostró en general contraria a su adopción por no considerarla la medida más favorable a los hijos menores.

²⁰ Ejemplo es la **SAP Valencia de 2 de marzo de 1991**, que declaró que "tratándose de una cuestión de derecho necesario, que facultaría incluso para resolver a los órganos jurisdiccionales ex officio e imperativamente, si es que así lo demandasen los intereses de los hijos menores de un matrimonio en crisis, lo cierto es que, planteada esa solución de guarda compartida... y, desde luego, nunca argumentable por el artículo 14 de la Constitución Española... Pero es que aparte de ello, desde los puntos de vista psicológico y pragmático, esta solución que ahora se patrocina sería previsiblemente perjudicial para los menores, sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional, en función de actitudes temporalmente coincidentes en cada uno de los padres sobre ellos y previsiblemente contradictorias de la autoridad del otro progenitor; agravado todo por la falta de concreción de las circunstancias bajo las que habría de ejercer esa custodia en cada momento y por ambos a la vez, o sucesivamente, y las de las sustituciones o limitaciones recíprocas que fueran convenientes". La **SAP Alicante de 7 de julio de 1997**, afirma que "...con carácter general y abstracto, la Sala ha de mostrar sus mayores reservas a dicho régimen de custodia compartida y otros semejantes, pues frente a los beneficios de igualdad de posición entre los progenitores y la no disminución de la relación personal de los hijos con uno de ellos, presentan el inconveniente de privar a éstos de una estabilidad en los aspectos más elementales de la vida que parece imprescindible para su normal desarrollo, inconveniente que se estima decisivo. **SAP Girona 9 febrero 2000**, "Debiendo atenderse al interés de los menores como más merecedor de protección, no puede aceptar la Sala la propuesta de guarda y custodia compartida que se ha revelado como permanente fuente de conflictos con repercusión perniciosa en el estado de los hijos menores...consecuentemente, se descarta por la Sala la sustitución de la guarda y custodia individualizada que otorga a los hijos un referente tranquilizador y una identificación del hogar familiar, que la compartida diluye y provoca en los menores una situación de confusión y desorden que hasta ellos mismos reprueban pese a su corta edad de nueve y once años respectivamente; circunstancia que aún se agrava más con la postura rígida de los padres ante una situación que si algo requiere es flexibilidad y comprensión". En los mismo términos **SAP Baleares de 20 de julio de 1999**, **SAP Barcelona de 8 de junio de 2000**.

²¹ Hay alguna Sentencia que adoptó de oficio la custodia compartida. Así lo hizo la **SAP Valencia de 22 de abril de 1999**, a tenor de la cual, "la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia solo al padre o solo a la madre, no a ambos conjuntamente. Así..., sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia de afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores". "Sentencia carismática, que, según ROMERO COLOMA, en "La guarda y custodia...", *op. cit.*, pp. 3 y ss., pone de relieve, ante todo, y por lo que a las relaciones paterno-filiales se refiere, que el interés, el beneficio del hijo o, su bienestar, ha de ser preferente en estos temas y que, indudablemente, la atribución de la guarda y custodia compartida se configura como una medida pensada para los hijos menores, no solo para los progenitores".

²² CAMPUZANO TOMÉ, "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil*, n° 22, abril 2005.

DOCTRINA

3.2. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005

La novedad introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en lo que se a esta materia se refiere, consiste precisamente en la regulación de forma expresa de la llamada “custodia compartida” o “guarda conjunta”²⁴. No ofreciendo sin embargo, información alguna sobre cuál es el alcance de la mal llamada, “custodia compartida”²⁵, ni de cómo se va a llevar a cabo.

Plantea por ello, muchos interrogantes y surgen dudas sobre si el texto legal se está refiriendo, tal y como parece desprenderse de la Exposición de Motivos de la Ley, a una incentivación de la responsabilidad parental o si por el contrario se ha pretendido con esta reforma que los menores repartan su convivencia de forma proporcional con sus progenitores, o si verdaderamente se ha pretendido implicar a ambos progenitores en el cuidado y educación de los hijos de forma igualitaria, incrementando el régimen de comunicaciones de los menores con ambos progenitores de tal forma que ambos se responsabilicen e intervengan de una forma activa en la educación y desarrollo de sus hijos.

El hecho de compartir el cuidado de los menores, exige un acto de voluntad por parte de los progenitores, de ahí la dificultad del ejercicio de una “custodia compartida” en los procesos contenciosos, dado que por la complejidad y dificultad que entraña su configuración este sistema de custodia necesita de una continua colaboración entre los progenitores y que haga factible la alternancia de los hijos con cada uno de ellos, y que haga factible esa comunicación constante y habitual que requiere esta tarea.

Con motivo de la reforma operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y en lo que se refiere al objeto de este análisis, resultan afectados los artículos 90.1.a y 92.

Respecto a la modificación introducida en el artículo 90, en el ámbito del contenido del convenio regulador, no aporta nada nuevo la reforma respecto al anterior texto, y sigue permitiendo a ambos progenitores la regulación de la forma en que vayan a ejercitar la patria potestad sobre los hijos comunes y el establecimiento de común acuerdo del régimen de comunicación entre los hijos con el progenitor con quien no convivan habitualmente.

El principal cambio se contiene en la redacción del artículo 92:

“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. En este caso, se hace desaparecer como exigencia imperativa la audiencia de los hijos mayores de doce años, que se recogía con anterioridad.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. Tampoco resulta novedosa la nueva redacción, posibilidad ya contemplada anteriormente, y además se trata de supuestos que se aplican con carácter verdaderamente excepcional.

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así los soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento²⁶. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. En este apartado

²³ La STC 4/2001, Sala 2ª de 15 de enero, declara que: “La Sentencia de 1 de septiembre de 1997, expresa con amplitud las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentadores de la decisión de mantener compartida la guarda y custodia del hijo menor de edad. La Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico segundo de su sentencia, tras señalar que en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor, ha valorado las circunstancias concretas del caso (la situación laboral de ambos progenitores y su disponibilidad) y ha justificado la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar su buen desarrollo personal y social para favorecer del modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores, de forma que el niño sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su casa propia y, cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida. Este razonamiento puede ser discutido, como lo hace la recurrente en su demanda, pero tal disensión no justifica la demanda de amparo que se analiza, ni puede llevar a este Tribunal a revisar la decisión adoptada en el ejercicio de la potestad que el art. 117. 3 y 4 CE reconoce a Jueces y Tribunales, pues se trata de una decisión razonada, motivada y fundada en Derecho, que satisface el extremo analizado, el derecho a obtener la tutela judicial (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4)”.

²⁴ Respecto a la tramitación parlamentaria, vid. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

²⁵ El término “custodia compartida” responde a una fórmula expresiva y directamente traducida de otros modelos normativos, pero carece de un significado técnico en nuestro Derecho. Con ella se alude en realidad al modo de ejercicio conjunto o compartido de una patria potestad sobre un menor (o un mayor incapacitado) cuya titularidad tienen ambos padres. Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *InDret*, Barcelona, abril, 2008.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

se mezclan las disposiciones relativas a los procesos de común acuerdo y a los procesos contenciosos. Permite el precepto de forma expresa el ejercicio conjunto de la guarda y custodia de los hijos cuando los progenitores hayan alcanzado un acuerdo al respecto, bien porque se haya plasmado en el convenio regulador, o porque lo hayan logrado durante la tramitación del procedimiento contencioso. Queda sin despejar, conocer a qué tipo de cautelas se está refiriendo el precepto²⁷.

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí con sus hijos para determinar la idoneidad con el régimen de guarda. Destacar que las exigencias requeridas lo son “en todo caso”. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Tampoco procederá cuando el Juez advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. De este apartado, destacamos la prohibición absoluta de acordar la guarda conjunta cuando concurren los presupuestos que en la misma se establecen: Estar incurso en un proceso penal por los delitos descritos y existir indicios fundados de violencia doméstica²⁸.

Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Destacamos, en este caso, además de requerirse el informe favorable del Ministerio Fiscal²⁹, la necesidad de fundamentación en la resolución que establezca este sistema de custodia, puesto que sólo de esta manera se protege adecuadamente el interés superior del menor de edad³⁰.

El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

La modalidad de custodia establecida en este precepto, tiene además, consecuencias sobre el resto de las medidas que se deben adoptar en un proceso de ruptura, tales como las relativas a las contribuciones alimenticias y al uso de la vivienda familiar, y sin embargo en la modificación del artículo 92 CC se han mantenido invariables, lo que es provocador no solo de una inseguridad jurídica al no haberse resuelto normativamente la incidencia que la “custodia compartida” indudablemente tiene sobre ellas, sino también un aumento de la conflictividad, consecuencia lógica de la inseguridad jurídica que proporciona la falta de regulación de aquellos aspectos que, sin duda se ven afectados por el nuevo modelo de custodia.

Por otra parte, es necesario y resultará de gran utilidad, contar con una regulación legal de la “mediación familiar”, instrumento, con cuyo fomento y desarrollo, caben esperar buenos resultados en la búsqueda de soluciones a las crisis familiares³¹.

²⁶ Como ya puso de manifiesto una **Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 21 de diciembre de 1987**, “el principio de autonomía de la voluntad es el inspirador de los convenios reguladores entre cónyuges, lo que limita la intervención judicial y encauza la decisión que, en definitiva, se tome a evitar que esos pactos puedan producir perjuicios para los hijos comunes y, si esos perjuicios no se producen, habrá que estar al convenio que cumpla todas las exigencias del artículo 103 CC”.

²⁷ La Instrucción de 7 de marzo de 2006 de la Fiscalía General del Estado incluye entre las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda y custodia compartida, la fijación judicial o convencional del domicilio del menor a efectos padrones; así se establece que el domicilio preferente será el de aquel progenitor con el que, en cómputo anual, el menor pase la mayor parte del tiempo y si el reparto es equilibrado deberán ser los progenitores quienes de mutuo acuerdo elijan de entre los dos domicilios en cual corresponde empadronar al menor

²⁸ La **SAP Barcelona de 9 de marzo de 2007**, declara que “... dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar por sentencia de 26 de septiembre de 2005... por lo que este motivo excluye por sí solo la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida solicitada”; la **SAP Barcelona de 12 de abril de 2007**, afirma que “la condena penal con prohibición de aproximación y comunicación entre los padres de la menor, hace inviable la posibilidad de una guarda y custodia compartida, además de ser inaplicable tal medida por aplicación del artículo 92.7 CC, que impide la adopción de tal medida cuando se ha atentado contra la integridad del otro progenitor...”; **SAP Madrid de 26 de junio de 2007**, “... ha quedado acreditado que el demandado ha sido condenado por sentencia penal firme como autor de una falta del artículo 620 del Código Penal cometida contra su esposa...”. En la **STSJC 24/2009, de 25 de junio**, se deniega el ejercicio compartido de la guarda y custodia y se mantiene la decisión de custodia monoparental por “no resultar ni ilógica ni arbitraria en atención al status familiar, al apreciar una fuerte conflictividad, con denuncias de malos tratos, incumplimientos del régimen de guarda y visitas...”. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala en **STSJC 2/2007, de 26 de febrero y 29/2008, de 31 de julio**, al declarar que el ejercicio compartido de la guarda y custodia no es adecuado “en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento”.

²⁹ Entre las Conclusiones del II Encuentro Nacional de Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de Familia celebrado los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005 en el Centro de Formación del Consejo General del Poder Judicial, se concluye que “el informe desfavorable del Ministerio Fiscal no impedirá en todo caso al Juez, aprobar la guarda y custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor, porque de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez”.

DOCTRINA

3.3. INTERPRETACIÓN DEL NUEVO TEXTO LEGAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, se enfrenta por primera vez al reto de interpretar el régimen de custodia compartida, en los términos del actual artículo 92 CC en la **Sentencia de 28 de septiembre de 2009, Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**, afirmando que “la nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la Ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el párrafo 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a “la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia” (artículo 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en *los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo*, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil y regula el artículo 752.1.2. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.5 CC, establece que el juez debe “valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Sin embargo, en este caso “la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, *de modo que aunque no se haya pedido la medida el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés*. Por tanto, al no haber sido utilizada por el tribunal la figura de la guarda y custodia compartida, ya que lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie en este caso sobre la interpretación del artículo 92 CC después de la reforma del 2005”³².

En la Sentencia de **8 de octubre de 2009, Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**, con ocasión de estimar un recurso extraordinario por infracción procesal por defecto de motivación, la Sala tiene la ocasión de pronunciarse sobre los criterios a tener en cuenta en la atribución de la guarda y custodia compartida, anulando la sentencia recurrida y reponiendo las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida, con arreglo a los hechos que considere probado según el planteamiento del litigio y la prueba practicada”.

En este caso, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Alicante, de 15 de noviembre de 2005, acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, alternándose los tiempos de estancia con cada uno por periodos semanales. Se funda en argumentos de derecho comparado y en la con-

³⁰ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”. *InDret*, Barcelona, julio, 2010.

Respecto de los requisitos para la concesión de la custodia compartida, encontramos en la jurisprudencia menor las siguientes afirmaciones: En la **SAP Gero-na de 13 de octubre de 2009** se declaró que, “Partiendo de que a los efectos de establecer un régimen de comunicación entre padres e hijos menores, se ha de primar el interés de éstos y adoptar la medida en su beneficio... Este criterio, seguido en sentencias de 30 de enero y 15 y 21 de mayo de 2008, permite que frente a posiciones de interés personal de los progenitores al solicitar la guarda y custodia exclusiva para cada uno, el tribunal atendiendo al interés superior de los hijos –principio del favor filii– y a las circunstancias propicias para una guarda compartida, puede acordarla sin óbice legal alguno para ello, acogiendo de este modo en parte las pretensiones respectivas de los progenitores, aunque pueda discrepar del criterio mantenido por el Ministerio Fiscal en su informe... Así, respecto a la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor, el hecho de que en este momento la madre se encuentre en situación de desempleo –circunstancia coyuntural que puede cambiar en cualquier momento–, lo cual motivaría la actual disponibilidad sin límites temporales al hijo menor, no significa que ello suponga un óbice o reproche a la guarda compartida... cumplir con las obligaciones inherentes a la patria potestad no significa que se tenga que dedicar las veinticuatro horas del día a los hijos menores pues ello sería incluso contraproducente al no respetar las parcelas de independencia familiar en que los menores pueden encontrarse a lo largo de la jornada... Atender al hijo supone estar a su lado lo necesario y conveniente en ningún momento se ha demostrado que el padre no goce de esa disponibilidad, sin que ello deba implicar la desatención el abandono de su actividad comercial, perfectamente compatible con las atenciones precisas a su hijo. Los criterios que esta Sala señaló, como relevantes a la hora de conceder la medida de guarda y custodia compartida fueron los siguientes: 1º. Que el domicilio de ambos progenitores fuera próximo lo cual facilita, como es lógico, las alternativas domiciliarias; 2º. Que el niño disponga en ambos domicilios de su propio espacio y de estabilidad emocional; 3º. Que ambos progenitores dispongan de capacidades personales y parentales adecuadas para el ejercicio de la custodia; 4º. Que entre los progenitores y el hijo haya una vinculación segura y afectuosa; 5º. Que la relación entre ambos progenitores sea muy buena, hasta el punto de propiciar una guarda compartida de hecho durante varios meses; 6º. Que no se vea alterado el desarrollo integral del hijo, ni de aspectos concretos de su existencia, como rendimiento escolar, interferencias en las relaciones sociales, angustias o repercusiones internas negativas, etc.”. En la **SAP Barcelona de 12 de enero de 2006**, se destaca, “la dinámica familiar anterior a la separación o divorcio de los progenitores, o lo que es lo mismo, la presencia y participación de cada uno de ellos en el marco de las relaciones paterno-filiales”.

³¹ La Disposición final tercera de la Ley 15/2005, dispone que “el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basado en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

veniencia de los menores, teniendo en cuenta además que estas resoluciones no solo se acuerdan en los casos en que haya voluntad conjunta de los padres, sino en casos contenciosos, para favorecer la necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores y todo ello en interés del menor.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, en sentencia de 8 de mayo de 2006, estimó el recurso y acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre, con derecho de visita del padre. Los razonamientos utilizados para la revocación y negar la custodia compartida son los siguientes: a) que las circunstancias existentes al inicio del pelito para acordarla habían desaparecido, sin especificar más; b) que aún cuando los miembros de la pareja se habían trasladado a Bruselas por razones laborales, su domicilio resulta desconocido; c) se desconoce asimismo la proximidad de los domicilios y, d) finalmente, que todo ello “hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de estos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales”.

Argumentación que no considera la Sala (Fundamento 4º) suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: a) porque el cambio de la circunstancias no resulta justificado, no se dice cuáles son ni en qué pueden afectar al interés de los menores; b) porque el domicilio de los progenitores no es desconocido, y c) finalmente, pero no, de menor importancia, porque la guarda y custodia compartida se funda básicamente en la no estabilidad del domicilio de los hijos, por lo que no es razón fundamental ni decisiva para negar que concurra el interés del menor su no permanencia en un domicilio estable.

En el Fundamento 5º se afirma que si bien “es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga a acordar esta modalidad siempre en interés del menor... el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta... Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en un convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”,

La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no usó en la sentencia recurrida para revocar la de primera instancia que si acordó la guarda y custodia compartida. Por tanto “*al no basar la argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios ni los que a título de ejemplo se han especificado en el párrafo anterior, debe concluirse que falta motivación, por lo que procede la anulación de la sentencia*”.

Criterios que vuelven a ser utilizados en la **Sentencia Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2010, Ponente Excmo. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**, al estimar un recurso extraordinario por infracción procesal, “*anulando la sentencia impugnada y reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia para que vuelva a dictarse sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida, con arreglo a los hechos que considere probados según el planteamiento del litigio y la prueba practicada y los criterios contenidos en esta sentencia*”³².

³² Resulta probado en este caso que, el Juzgado de 1ª Instancia de Madrid, nº 76, en sentencia de 29 de septiembre de 2004, acordó la separación matrimonial de los cónyuges y declaró lo siguiente: a) atribución de la guarda y custodia a la madre, si bien el ejercicio de la patria potestad será compartido por ambos cónyuges; b) la vivienda se atribuyó a la menor, que vivirá en compañía de su madre; c) se fijaba el siguiente régimen de visitas: fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana dejando a la hija en el colegio, así como martes y jueves desde la salida del colegio hasta la mañana siguiente que igualmente deberá dejar a la hija en el colegio... La madre apeló la sentencia y la sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 20 de octubre de 2005, revocó en parte la sentencia dictada y acordó que “las visitas inter semanales de martes y jueves tengan lugar desde la salida del colegio hasta las 20 horas en que el padre llevará a la menor al domicilio familiar”. Los argumentos de la decisión fueron los siguientes: “*La pernocta de dos días inter semanales viene a suponer una custodia compartida, no acordada por los progenitores ni tampoco aconsejada por el equipo psicossocial del juzgado, en cuyo informe se indica como conveniente una comunicación extensa de dos días inter semanales desde la salida del colegio hasta la hora en que ambos progenitores consideren adecuada para los hijos menores. Consecuentemente y en base a tal informe y la falta de acuerdo de ambos padres al respecto a la pernocta inter semanal se estima oportuno suprimir ésta en base al riesgo de desestabilización que pueda derivarse para la menor. Y mantener estos dos días inter semanales desde la salida del colegio hasta las 20 horas en que se reintegrará al domicilio materno*”

DOCTRINA

En la **Sentencia Tribunal Supremo 11 de marzo 2010**, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías, y respecto de *las divergencias centradas en la distribución de tiempos*, se estima el recurso de casación presentado contra la Sentencia dictada por la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 2 noviembre 2007. Se casa y anula la sentencia recurrida y se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 7 de Oviedo, de 19 abril 2007, cuyo fallo dice “Que declaro haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio entre D. Joaquín y D.^a Rosalía, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, entre ellos, la disolución del régimen económico matrimonial, con adopción de las siguientes medidas: 1^o. Atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo...”

En este caso la Sentencia del Juzgado de 1^a Instancia n^o 7 de Oviedo, de 19 abril 2007 atribuyó la guarda y custodia compartida de acuerdo con el informe psico-social y el del Ministerio fiscal porque analizando la situación se concluyó que “aun separados, ambos continúan con las atenciones debidas a los hijos” y “privarles de la atención de ambos sería perjudicial para los menores y ambos padres muestran idéntico interés en intervenir de forma activa”. Se acordó en la sentencia “atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo, según los repartos temporales que se especificaban en la sentencia”.

Apelaron ambos progenitores al discrepar de la solución: el padre insistió en que se le atribuyera en exclusiva, petición que D.^a Rosalía articuló con carácter subsidiario, discrepando en la distribución temporal. La Sentencia de la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 2 noviembre 2007 estimó el recurso de apelación del padre y desestimó el de la madre, en base a los siguientes argumentos y partiendo de que no había acuerdo entre los litigantes y que debía solucionarse el conflicto atendiendo al interés de los menores: a) el padre había venido ejerciendo la guarda y custodia de facto; b) la guarda y custodia compartida es una medida excepcional “que solo se justifica de demostrarse que con ello se favorece el desarrollo personal, emocional y afectivo” de los menores, sin producir desequilibrios; c) no se observan especiales ventajas en el caso litigioso, sino al contrario y ello con independencia del sistema de reparto temporal que se acuerde, d) la atribución trimestral “implicaría para los menores un cambio de domicilio trimestral, con la correspondiente deslocalización y la necesidad de tener que adaptarse, por un plazo de tiempo relativamente breve a nuevos hábitos, costumbres, pautas de comportamiento y compañías, originando un total desarraigo familiar que puede llegar a afectar a su estabilidad emocional”, lo que se vería afectado si los cambios tuviesen lugar semanalmente; e) sin que ello signifique una descalificación de la madre, abandonó el domicilio, dejando a los hijos al cuidado del padre y así continuó durante un año y medio, sin haber promovido durante este tiempo que se le otorgara la guarda y custodia, por lo que los menores se han acostumbrado a la situación, y f) el tribunal no comparte el análisis efectuado por el informe psico-social, por las evidencias que existen de que la presunta actitud del padre en contra de la madre no ha tenido ninguna consecuencia en la conducta de los hijos.

La madre interpone recurso de casación, denunciando la infracción del artículo 92.8 CC. Dice la recurrente que el Tribunal confunde en su argumentación la institución de la guarda y custodia compartida con lo que es el ejercicio práctico de la misma, es decir, cómo se van a relacionar los progenitores con los hijos. Debe existir una “coparentalidad” de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura: dicha coparentalidad es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores.

³³ Los hechos probados son los siguientes: la Sentencia de 19 de junio de 2006, del Juzgado de S. Sebastián de la Gomera, único, de primera instancia e instrucción, estimó la demanda por concurrencia de causa de divorcio, y “atribuye la patria potestad compartida de los menores a los dos progenitores, otorgándose la guarda y custodia de los mismos a la madre” Apeló el padre y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, de 2 de julio de 2007, confirmó la sentencia apelada en base a los siguientes argumentos: a) El régimen de guarda y custodia fue fruto del acuerdo de voluntades de los cónyuges, plasmado en el documento que fue ratificado judicialmente en el auto de medidas provisionales; b) Los menores conviven con la madre por acuerdo expreso de los padres en perfectas condiciones, circunstancia decisiva para el mantenimiento del status quo de los hijos, que es uno de los aspectos en que se concreta el *favor filii*; c) De los pactos del convenio se deduce que el posible cambio de domicilio de los menores se aplazaba hasta la sentencia de divorcio, de donde el traslado de la madre a Sta. Cruz de Tenerife no es una circunstancia nueva no ponderada por los litigantes; d) Se cumple con el principio del interés del menor manteniendo la medida acordada, porque no existe elemento alguno en las actuaciones que acredite que la atribución a favor de la madre pueda significar un perjuicio, ni existe prueba que permita calibrar la conveniencia de modificar una situación que proviene de un acuerdo de los progenitores”. En el Fundamento Tercero, se afirma que “de la prueba producida en autos, se constata que ha habido efectivamente un error material, ya que los hijos viven con su madre en La Gomera y no Santa Cruz de Tenerife como se declara en la sentencia recurrida... Efectivamente. En la sentencia recurrida se argumenta que se había previsto en un convenio regulador que no se produciría ningún cambio en el domicilio de los menores hasta la sentencia de divorcio, de lo que se desprendería que los progenitores ya preveían una posible alteración del domicilio, que aunque aplazado, no constituye una circunstancia nueva que no hubiera sido tenida en cuenta por los litigantes, “por lo que el hecho de que los menores convivan ahora en Tenerife con su madre, estimamos que no debe incidir en el régimen de custodia”. “Esta apreciación es errónea porque: a) el convenio que rigió las relaciones entre los padres desde las medidas provisionales no se convierte en definitivo en el procedimiento de divorcio, donde deben reconsiderarse las medidas tomadas; b) no es cierta la convivencia de los hijos con la madre en Santa Cruz de Tenerife. Siendo estas las razones para no entrar a examinar si era más conveniente otro régimen de custodia, debe estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el recurrente”.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

Deben tenerse en cuenta una serie de criterios y las ventajas que va a tener en el contacto con los hijos del progenitor no custodio, que es aconsejable en familias con un bajo nivel de conflictividad y que mejora el efecto negativo que el divorcio causa en los hijos.

Motivo que se estima, recuerda la sentencia los criterios expuestos en la Sentencia de 8 octubre 2009, y afirma que “no pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos unos, a la que denomina “deslocalización” de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en “un premio o un castigo” al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor. En el presente caso se acordó la guarda y custodia compartida en la Sentencia de 1ª Instancia, discrepando la madre únicamente en la distribución de los tiempos. Los informes existentes en el procedimiento recomiendan esta medida, que en la realidad se ha producido de hecho en las relaciones posteriores a la separación y en este caso, el informe del Ministerio Fiscal propone la revisión de la valoración que la sentencia recurrida efectúa del interés del menor a partir de los hechos declarados probados, porque corresponde al juez llenarlo de contenido efectivo al ser el interés del menor un concepto jurídico indeterminado y señala *que en la sentencia no se enumeran los efectos positivos de la adopción de la guarda unilateral por uno de los progenitores, por lo que el Tribunal no valora el interés del menor en forma razonada*”.

En la última Sentencia del Tribunal Supremo de **10 de octubre de 2010, Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**, la sentencia recurrida ha revocado la guarda y custodia compartida acordada en la primera instancia y ello con argumentos como: a) que no es criterio de la Sala sentenciadora acordarla excepto en los casos excepcionales que cita; b) que los padres no la adoptaron en el convenio regulador; c) que el informe emitido en la primera instancia no la aconsejaba claramente³⁴.

Y ello olvidando lo siguiente:

- a) que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas;
- b) que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo;
- c) Que el informe emitido por los servicios psico-sociales como prueba en segunda instancia concluía que no solo había funcionado correctamente la guarda y custodia compartida desde la ejecución de la sentencia pronunciada en primera instancia, sino que era aconsejable seguir manteniéndola. Dicho informe no es vinculante, pero ofrece elementos para decidir que no se han tenido en cuenta para acordar una u otra solución en el presente supuesto, y
- d) Que el informe del Ministerio Fiscal es favorable a la guarda y custodia compartida.

Por ello, esta Sala, de acuerdo con lo dispuesto en la DA 16, LEC, entiende que a la vista de los anteriores razonamientos, *debe confirmar la sentencia pronunciada en la primera instancia, acordando la guarda y custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio Fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psico-sociales, que se mostraban favorables a dicho régimen, porque lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso*”.

³⁴ La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Valencia de 26 de junio 2006, estimó la petición de divorcio y la de guarda y custodia compartida. Sobre la base de que en estos procedimientos debe buscarse la protección del interés del menor, y “teniendo en cuenta el dictamen pericial de fecha 23-5-06 a la vista de la situación socio familiar que acontece en los presentes, iniciándose cada uno los litigantes nuevas relaciones de pareja que a su vez formaban una unión anterior, con hijos en común, y dado el desarrollo de visitas paterno filiales, siendo éstas amplias y flexibles, así como la relación coparental, estilos educativos y características psicológicas de los progenitores y evaluación que ofrece el menor, estima la proveyente que el sistema de guarda y custodia compartida, puede resultar muy beneficioso para el menor, el cual se encuentra muy bien integrado en cada uno de los entornos familiares de sus progenitores, los cuales respetan el desarrollo de las relaciones familiares de su hijo, tras su ruptura conyugal, y sin interferencias mutuas, mostrando el menor un fuerte y sólido vínculo afectivo con sus progenitores, en los cuales no constatan discrepancias educativas importantes, estimando la proveyente que se bien se aprecia por el perito psicólogo limitaciones en la relación coparental, no obstante también se indica que puede la misma producirse, manteniéndose entre los progenitores una comunicación básica en torno a las cuestiones que afectan a su hijo menor; y por todo ello estimo que el sistema compartido de guarda y custodia puede ofrecer más ventajas y beneficios para el hijo menor de los litigantes, acordándose el sistema de guarda y custodia compartida del hijo menor, mensual alternativa, con un sistema de visitas”.

Recurrió la madre en apelación. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 15 de enero 2007, estimó el recurso. Sentencia que después de exponer los requisitos del artículo 92 CC dice que: “Es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos...; de este modo, no procede acordar la custodia compartida interesada en el caso de autos habida cuenta que, no obstante los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, es lo cierto que ni ha habido alteración sustancial alguna de los que los propios cónyuges convinieron hace poco en el procedimiento de separación, de fecha 1-10-2002, ni siquiera el propio gabinete psicossocial aconseja la medida; en efecto basta la simple lectura de las conclusiones del citado informe para claramente comprobar que dicho organismo dice que “no existen aspectos que hagan necesario el cambio de medida”, añadiendo a continuación “que tampoco se observan circunstancias que desaconsejen una custodia compartida”.

DOCTRINA

Podemos extraer de estas Sentencias del Tribunal Supremo, la siguiente doctrina jurisprudencial:

La medida de guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión³⁵.

El interés del menor es un criterio independiente de las opiniones de quien deba adoptar esta medida y

La medida de guarda y custodia compartida debe basarse en razones objetivas, debiendo en todo caso, evitarse decisiones arbitrarias³⁶.

4. LA LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA DE ARAGÓN

El día 8 de septiembre de 2010 entró en vigor en la Comunidad Autónoma de Aragón la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres³⁷. Ley dictada en ejercicio de la competencia exclusiva de Aragón en las materias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés y del Derecho Procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés, reconocidas en los artículos 149.1.8ª y 6ª de la Constitución y 71.2ª y 3ª del Estatuto de Autonomía.

Esta Ley tiene por objeto “regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres” promoviendo el ejercicio de la custodia compartida por ambos³⁸, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia y la igualdad entre el hombre y la mujer.

La preocupación por la protección del menor y la familia, como se señala en el Preámbulo de la Ley, es y ha sido una constante en las democracias más desarrolladas. Este principio se reconoce en el artículo 39 CE, y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo artículo 24 impone a los poderes públicos aragoneses adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

El crecimiento notable en la última década de los supuestos de ruptura de la convivencia familiar pone de manifiesto que, uno de los asuntos más delicados a resolver es el de la guarda y custodia de los hijos comunes. Cuestión ésta, que si bien se encuentra actualmente regulada en el artículo 92 del Código civil español, este precepto configura la guarda y custodia compartida, como excepcional, en defecto de acuerdo entre los padres, siendo necesario recabar asimismo informe favorable del Ministerio Fiscal y su aplicación, ha supuesto en la práctica el otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer, cuando sin embargo la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores.

La ley, responde a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares³⁹. Con este cambio se pretende favorecer el mejor

³⁵ La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña lo cataloga en la Sentencia 31/2008 de 5 septiembre de “regla universal... que siempre ha de prevalecer en materia de guarda y custodia de menores”, conteniendo, según la Sentencia 29/2008 de 31 de julio, “elementos indiscutibles de ius cogens no dispositivos para ninguna de las partes que justifican la actuación ex officio del tribunal”, Aclarando en la Sentencia 9/2010 de 3 de marzo que: “Ciertamente una de las causas que empuje a la concesión del ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial viene constituida, sin duda, por la conflictividad u hostilidad entre los padres, porque cualesquiera que hubieren sido las causas de la separación o del divorcio, es necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la corresponsabilidad parental. Ahora bien, esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida –o, en su caso, el mantenimiento de la misma– de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial”.

³⁶ En el IV Encuentro de Jueces y Magistrados de Familia con las Asociaciones de Abogados de Familia celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009, se aprobó entre las conclusiones referidas a las medidas de carácter personal referidos a los hijos, la siguiente:

“Octava. Constituyen presupuestos objetivos que favorezcan el establecimiento de un régimen de custodia conjunta o compartida los siguientes:

Capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable.

Existencia de estilos educativos homogéneos.

Concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencia una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores y ponga de manifiesto una buena vinculación de éstos con cada uno de aquéllos.

Proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilio de los progenitores en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el cada uno de los progenitores”.

³⁷ Esta Ley, es popularmente conocida como Ley de la Custodia Compartida de Aragón, por ser la primera Ley española, en el ámbito autonómico, que configura la custodia conjunta o compartida, en los supuestos de ruptura de convivencia de los padres, y en defecto de acuerdo de éstos, como el régimen de custodia preferente, frente a la custodia individual o exclusiva, que pasa a ser el sistema de guarda subsidiario. La Ley se compone de un total de diez artículos, distribuidos en cinco capítulos, dos disposiciones transitorias, cuatro adicionales, una derogatoria y tres finales. Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la ley de custodia compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, nº 7529, 16 diciembre 2010, y “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley custodia compartida de Aragón”, *Diario la Ley*, nº 7537, 29 diciembre 2010.

³⁸ Artículo 1.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

interés de los hijos⁴⁰ y promover la igualdad entre los progenitores.

El fundamento de la custodia compartida lo constituye la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar. Afirmando que las ventajas de la custodia compartida son evidentes:

Los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres.

Permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos.

Ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y

Se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos.

Se declara por otra parte, que la custodia compartida es aceptada mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre.

En definitiva, la razón principal que motiva esta Ley son los importantes cambios que se han ido produciendo en la sociedad aragonesa en las últimas décadas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral, circunstancia que ha generado unas nuevas relaciones familiares que se ajustan más al modelo de custodia compartida que al modelo de custodia individual.

Como novedades que ofrece la Ley encontramos contemplado en el artículo 3, el denominado “*pacto de relaciones familiares*”, que regulará las cuestiones principales que se deriven de la ruptura de su convivencia, tanto en su relación personal con los hijos como en el orden económico⁴¹.

En el artículo 4, se regula la posibilidad de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la *mediación familiar* para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura. Mediación familiar que resulta ser un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura⁴².

En defecto de acuerdo entre los padres y fracasado en su caso, el proceso de mediación familiar, las relaciones familiares que se deriven de la ruptura de la convivencia deberán regirse por lo que decida el Juez en aplicación de los artículos contenidos en el Capítulo IV de la ley, sobre “Medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares”.

³⁹ Esta ley se dicta con vocación de aplicación a todas las relaciones familiares en los casos de ruptura de convivencia de los padres, incluidas las que se han regido por la legislación anterior, pues lo que se pretende es un cambio social en el concepto de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los padres, de modo que la revisión de los convenios reguladores y las medidas judiciales adoptadas según la legislación anterior se regirán por la nueva ley. Además se fija un plazo de caducidad de un año desde la entrada en vigor de la Ley a los efectos de seguridad jurídica cuando la causa de revisión sea la custodia compartida a solicitud de uno de los progenitores. En este sentido, la *Audiencia de Teruel aplica por primera vez, en febrero 2011, la nueva legislación aragonesa*. La Sala considera que ambos cónyuges reúnen condiciones para ejercer la guardia y custodia compartida de un menor de 3 años que, hasta la fecha de la decisión, solo era ejercida legalmente por la madre.

El tribunal, en respuesta al recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de un juzgado de primera instancia, aplica expresamente la disposición transitoria primera de la Ley de Custodia Compartida que establece que: “La solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores será causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año desde la entrada en vigor de la ley”, un requisito que cumple la nueva resolución, ya que la entrada en vigor de la nueva legislación data del 8 de septiembre del año 2010.

En el recurso, el padre del menor se apoya en el reciente cambio legislativo, pionero en España, y en que además la guardia y custodia compartida “resulta más conveniente tanto para el interés del menor como de sus propios progenitores”.

La sentencia recurrida fundamentaba la atribución de la custodia exclusiva a la madre en un informe pericial psicológico que se inclinaba por la madre para ejercer la guardia y custodia. Sin embargo, este mismo informe subrayaba que, desde que se produjo la separación de hecho de los cónyuges, estos habían mantenido la custodia del pequeño de forma compartida y alterna, dado que estaba un día con cada progenitor.

Esta situación demostró, según el equipo de psicólogos que examinó el caso, que el padre y la madre sentían preocupación por el bienestar del hijo común y que el niño estaba vinculado afectivamente a ambos.

Otro motivo fue que ninguno de ambos progenitores podía cuidar debidamente en solitario al menor, por lo que tenían que recurrir al apoyo de una “familia extensa”.

En consecuencia, la Audiencia Provincial de Teruel considera que, “en atención a la estabilidad del menor, la custodia diaria resulta poco conveniente”, por lo que “debería ser sustituida, al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria, por una custodia de periodos más amplios”. En este sentido, la resolución propone que la duración de la estancia del menor con sus padres se organice según el plan de convivencia que estos acuerden, siempre y cuando se preserven los derechos del niño.

Por lo demás, el fallo, que estima el recurso del progenitor y revoca la sentencia del juzgado de primera instancia, dictamina que no existe necesidad de fijar contribución económica alguna por parte de los cónyuges.

Por otra parte, la disposición derogatoria única y la disposición final primera deroga y modifica, respectivamente, los preceptos de la ley relativa a parejas estables no casadas que dejarán de aplicarse al ser sustituidos por el nuevo régimen previsto en la presente Ley, que es aplicable a las relaciones familiares de los padres con los hijos con independencia del régimen legal de convivencia de los padres.

⁴⁰ Refuerza la Ley el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de la convivencia de sus progenitores. La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

La principal medida que adopta la ley es *considerar la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto*, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuere lo más conveniente⁴³. El Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere la ley, como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laborar. La ley también establece que todo acuerdo de custodia, salvo circunstancias excepcionales, no se separará a los hermanos.

Fija la Ley aragonesa en el artículo 6.2 los criterios y factores que debe ponderar el Juez para decidir, a falta de acuerdo de los progenitores el régimen de guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados comunes. La preferencia legal por la custodia compartida, se pregunta GONZÁLEZ DEL POZO, ¿es criterio decisorio o principio interpretativo de las normas legales? Y es que si la voluntad del legislador de favorecer el establecimiento de regímenes de custodia compartida es evidente, tanto en el Preámbulo de la ley, como en muchos de los preceptos de la misma, no parece tan clara su materialización. Ya que si el Juez debe adoptar la custodia individual cuando la misma sea más conveniente para el interés y beneficio de los hijos, la preferencia por la custodia compartida no devendrá de ningún criterio legal de primacía o prioridad, sino de la mayor idoneidad o conveniencia de ese régimen de convivencia en el caso concreto planteado. Si es verdad que, para determinar el régimen de custodia compartida o individual más idóneo o apto para favorecer el interés de los hijos menores, el Juez debe tener en cuenta el plan de relaciones familiares presentado por cada uno de los cónyuges y atender a los factores enunciados en las letras a) hasta f) del apartado 2 del artículo 6, no lo es menos que “la Ley no expresa ni qué factores favorecen el establecimiento de un régimen de custodia compartida ni cuáles favorecen la custodia individual, dejando a la libre valoración del juez qué factores son positivos y cuáles negativos para el establecimiento de una custodia compartida o individual”⁴⁴.

La finalidad de la custodia compartida es un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación.

La custodia compartida, tal y como se configura en la ley, no implica necesariamente una alternancia de residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero si en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida. La ley establece un marco flexible para que el juez pueda valorar todas las

⁴¹ Precepto que se inspira en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés y otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres, y dispone:

“1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones con los hijos.

2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.
 b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.
 c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar.
 d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y la aportación de cada progenitor a los mismos.
 e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.
 f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

3. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrá llevar a cabo en los siguientes supuestos:

a) Por mutuo acuerdo
 b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.
 c) A petición de uno de los padres al sobrevivir circunstancias relevantes.
 d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.
 e) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.
 f) El incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

4. El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sea aprobado por el Juez, oído el Ministerio fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior.

5. El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos e hijas. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.

6. Cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación”.

Las disposiciones adicionales relativas a especialidades procesales respetan los procedimientos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil y únicamente incluyen las necesarias adaptaciones al nuevo régimen legal, sustituyendo el concepto de convenio regulador por el pacto de relaciones familiares. También se exige en la vía judicial que los padres deberán proponer, cada uno de ellos, un plan de relaciones familiares.

⁴² En tanto no se apruebe la Ley de Mediación Familiar, se establece en el artículo 4 el régimen provisional a aplicar, destacando al respecto que según su apartado 5º, “En ningún caso cabrá acudir a la mediación familiar en los supuestos contemplados en el artículo 6.6 de esta Ley”, relativos a violencia doméstica o de género.

⁴³ Dispone el apartado 5 del artículo 6 que: “La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trata de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor”.

DOCTRINA

circunstancias que concurren en el caso concreto y decida el régimen de convivencia de cada progenitor en interés de unas adecuadas relaciones familiares.

Una de las causas que expresamente prevé la ley para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la violencia doméstica o de género, en línea con el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad⁴⁵.

El Capítulo IV también regula las reglas que deben regir la *atribución del uso de la vivienda familiar*, distinguiendo entre los supuestos de custodia compartida de los hijos y los de custodia individual. En la custodia compartida, el criterio de atribución del uso de la vivienda es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia. En los casos de custodia individual se atribuye con carácter general a favor del progenitor que ostente la custodia, a menos que mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor. En todo caso, la atribución de la vivienda familiar a uno de los progenitores tendrá una limitación temporal. Una posibilidad que admite la ley es que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar cuando ello fuera necesario para unas adecuadas relaciones familiares. Junto con la atribución del uso de la vivienda, la ley regula la distribución del ajuar familiar⁴⁶.

El artículo 8, se refiere, a *los gastos de asistencia de los hijos* y establece el deber de los padres de contribuir proporcionalmente a sus recursos⁴⁷, y en el artículo 9 se contempla la posibilidad de *compensar la desigualdad económica* que le produzca la ruptura de la convivencia. Asignación compensatoria, temporal o indefinida, que deberá determinarse por el Juez atendiendo los criterios establecidos en la norma, y que podrá revisarse o extinguirse en los supuestos legalmente previstos.

5. REFLEXIONES FINALES

Sin desconocer los beneficios que reporta una implicación seria y responsable de ambos progenitores en el cuidado de los hijos comunes, tal objetivo no se consigue tan solo con la introducción de la “custodia compartida”, regulada además en nuestro Código Civil de forma incompleta, debe el legislador arbitrar medios, para incentivar los acuerdos al momento de adoptar esta medida, que permitan un mayor equilibrio en el reparto de las responsabilidades y la búsqueda de soluciones que protejan a todos los miembros de la familia, sin producir desequilibrios, única garantía de que se reduzca la conflictividad y la litigiosidad en los procesos de ruptura. Como es muy posible que próximamente se reforme de nuevo el artículo 92 del Código Civil, quizá sea el momento de aprovechar la oportunidad para adoptar dichas medidas.

⁴⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar...”, cit., pág. 8, para quien, desde una perspectiva jurídica, el artículo 233-10.2 del Libro 2º del nuevo código civil de Cataluña, al consagrar la preferencia por la custodia compartida, utiliza una fórmula de mayor vigor y eficacia jurídica que la de la ley aragonesa para lograr este objetivo, al disponer este precepto que, “La autoridad judicial, si no existe acuerdo, si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo”.

⁴⁵ Según el apartado 6 del artículo 6, “no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando 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, 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”. Las diferencias de este precepto con el artículo 92.7 CC se ponen de manifiesto, de una parte en la Ley aragonesa extiende la prohibición, en los supuestos que señala, a la custodia individual, limitada en el CC a la compartida. Y de otra, para que entre en juego la prohibición, no basta que cualquiera de los padres esté incurso en un de los procesos penales indicados, sino que se exige que se “haya dictado resolución judicial motivada en la se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad”.

El artículo 233-11.3 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña dispone que; “En interés de los hijos, 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 pueda ser víctimas directas o indirectas. En interés de os hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentales de que ha cometido acto de violencia familiar o machista de los que hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.

⁴⁶ Artículo 7, apartado 4. “Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, 5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de los bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables”.

⁴⁷ “El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de *los gastos ordinarios* de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Los *gastos extraordinarios necesarios* de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los *gastos extraordinarios no necesarios* se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto”.

Se trata de un precepto que presenta tres novedades relevantes:

- Es el primer texto legal que establece la distinción entre gastos de asistencia a los hijos ordinarios y extraordinarios;
- Es también el primero que establece un tratamiento jurídico diferenciado para los gastos extraordinarios necesarios y los no necesarios, y
- Es el primero que contempla la posibilidad de satisfacer los alimentos de forma distinta al pago periódico de una pensión en dinero.

El artículo 233-2 Código civil de Cataluña, comprende dentro de los alimentos, tanto las necesidades ordinarias como las extraordinarias, pero la Ley catalana, es dos meses posterior a la Ley aragonesa. Vid., GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares...”, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

LEGISLACIÓN

CONCLUSIONES DEL CONSEJO DE 6 DE DICIEMBRE DE 2010 SOBRE EL REFUERZO DEL COMPROMISO DE ELIMINAR LAS DIFERENCIAS DE RETRIBUCIÓN ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y LA INTENSIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS A TAL EFECTO, Y SOBRE EL EXAMEN DE LA APLICACIÓN DE LA PLATAFORMA DE ACCIÓN DE PEKÍN⁴⁸

TENIENDO EN CUENTA LO SIGUIENTE:

1. La igualdad entre mujeres y hombres es un principio fundamental de la Unión Europea consagrado en los Tratados y uno de los objetivos y las misiones de la Unión Europea, y la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres en todas sus actividades representa una misión específica de la Unión.
2. Desde la fundación de la Comunidad Europea, el respeto de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras ha sido garantizado por el Tratado.
3. La legislación europea que consagra el respeto del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en los ámbitos del empleo y el trabajo está destinada a proteger a los trabajadores de la discriminación por razón de sexo en sus condiciones de trabajo, incluida su retribución.
4. Como parte del examen anual de la aplicación de la Plataforma de Acción de Pekín el Consejo adoptó en 2001 unas conclusiones para combatir la desigualdad de remuneración entre hombres y mujeres y tomó nota de un informe de la Presidencia belga que contiene información sobre las desigualdades de retribución y define seis indicadores cuantitativos y tres cualitativos.
5. Eliminar las diferencias de retribución constituye una prioridad política compartida por todos los Estados miembros y otros agentes clave de la escena europea.
6. Los interlocutores sociales, en particular, tienen un papel clave que desempeñar tanto a escala europea como nacional, en especial en el contexto de la negociación colectiva, en los esfuerzos por promover y mantener la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, también en relación con la retribución.
7. Los días 23 y 24 de marzo de 2006, el Consejo Europeo adoptó el Pacto Europeo por la Igualdad de Género, que anima a los Estados a la acción, en particular a que tomen medidas destinadas a reducir las diferencias por razón de género y luchar contra los estereotipos de género en el mercado laboral.
8. En noviembre de 2009, el Consejo adoptó unas conclusiones sobre "Igualdad de los sexos: potenciar el crecimiento y el empleo — Contribución a la Estrategia de Lisboa post 2010", que en particular, invitaba a los Estados miembros y a la Comisión a seguir reduciendo el desequilibrio entre hombres y mujeres que aún existe por lo que se refiere a las retribuciones, con objeto de

que mujeres y hombres tengan oportunidades para cumplir sus aspiraciones y desarrollar su potencial, y para la prevención de la pobreza de los trabajadores.

9. En noviembre de 2009, el Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, también adoptaron unas conclusiones sobre el "Examen de la aplicación por los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea de la Plataforma de Acción de Beijing: "Beijing + 15": Evaluación de los avances", en las que se comprometían a examinar periódicamente los avances logrados en los ámbitos críticos de preocupación establecidos en la Plataforma de Acción de Beijing para los que ya se habían adoptado indicadores.

10. En las Conclusiones del Consejo Europeo de Barcelona de los días 15 y 16 de marzo de 2002, los Estados miembros se comprometieron, teniendo en cuenta la demanda de servicios de cuidado de niños y en consonancia con los modelos nacionales de asistencia, a esforzarse en prestar para 2010 servicios de cuidado de niños al menos al 90 % de los niños de edad comprendida entre los 3 años y la edad de escolarización obligatoria, y al menos al 33 % de los niños de menos de 3 años, y han reafirmado este compromiso en numerosas ocasiones.

11. La Comunicación de la Comisión "Actuar contra las diferencias de retribución entre mujeres y hombres" (2007) destaca la necesidad de desarrollar las capacidades de análisis de este fenómeno y el informe de la Comisión "Igualdad entre mujeres y hombres — 2010" subraya que los Estados miembros deben dar una respuesta inmediata al reto de reducir las disparidades salariales entre hombres y mujeres "mediante estrategias específicas que combinen todos los instrumentos disponibles, incluyendo objetivos en su caso".

12. En la declaración del Trío de Presidencias, adoptada en Valencia el 26 de marzo de 2010, se hizo un llamamiento para que se acelerasen los esfuerzos dirigidos a eliminar las diferencias de retribución entre mujeres y hombres, adoptando un enfoque coordinado y definiendo objetivos.

13. En el Consejo Europeo del 17 de junio de 2010, los Estados miembros adoptaron la Estrategia 2020 para el empleo y un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, uno de cuyos cinco objetivos principales es procurar llegar a un índice de ocupación del 75 % de los

⁴⁸ DOUE C, 345, 18.12.2010.

LEGISLACIÓN

hombres y mujeres con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años.

14. El 21 de octubre de 2010, el Consejo adoptó la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. La orientación no 7, en particular, insta a los Estados miembros a que promuevan la igualdad entre los sexos, incluida la igualdad retributiva, así como políticas de equilibrio entre la vida profesional y personal, junto con la prestación de una atención asequible y la innovación en la manera en que el trabajo está organizado; y la orientación no 10 declara que todas las medidas deberán propender asimismo al fomento de la igualdad entre los sexos.

15. En las conclusiones adoptadas por el Consejo EPS-CO del 21 de octubre de 2010 sobre la Gobernanza de la Estrategia Europea de Empleo en el contexto de Europa 2020 y el semestre europeo se subraya la importancia de pasar revista, antes de cada semestre europeo, a los avances realizados en la consecución de los objetivos principales y nacionales de la Estrategia Europa 2020 en materia de empleo; con vistas a contribuir al Consejo Europeo de primavera, de determinar en el Informe conjunto sobre el empleo las principales orientaciones en este ámbito que requieren una orientación estratégica del Consejo Europeo; y al final del semestre europeo, de estudiar y adoptar recomendaciones por países para los Estados miembros en el ámbito del empleo.

16. La Conferencia de los días 25 y 26 de octubre de 2010 sobre cómo eliminar las diferencias de retribución entre mujeres y hombres supuso una oportunidad de estudiar en profundidad la cuestión con todos los interesados.

17. Según el Reglamento (CE) n° 1922/2006 por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género y sus programas de trabajo para 2010 y 2011, este Instituto tiene el cometido de prestar asistencia técnica a las instituciones comunitarias, en particular a la Comisión, y a las autoridades de los Estados miembros. Esta asistencia comprende en particular el desarrollo de indicadores y su revisión como trabajo derivado de la Plataforma de Acción de Pekín.

18. Conseguir un salario igual para mujeres y hombres, una igual independencia económica y la igualdad en la toma de decisiones son los ámbitos de acción prioritarios de la Carta de la Mujer, adoptada por la Comisión en marzo de 2010, y de la Estrategia de la Comisión para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015).

DESTACANDO LO SIGUIENTE:

19. La igualdad entre mujeres y hombres es crucial para cumplir los objetivos de la Estrategia Europa 2020 en lo relativo a un elevado nivel de ocupación y la consecución

de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, así como para asegurar la cohesión económica y social y la competitividad, y para abordar el desafío demográfico.

20. Dentro de la Unión Europea, las diferencias de retribución entre mujeres y hombres siguen siendo del 18 % por término medio; esta diferencia de retribución varía considerablemente de un Estado miembro a otro, y entre el sector público y el privado.

21. Las diferencias de retribución se reflejan en todo el ciclo vital de las mujeres, también en forma de pensiones más bajas y de exposición a un riesgo de pobreza mayor.

22. Las causas subyacentes a las diferencias de retribución siguen siendo numerosas y complejas y reflejan principalmente la discriminación en razón del sexo, así como las desigualdades vinculadas a la educación y el mercado de trabajo, como:

a) la segregación horizontal del mercado de trabajo: las mujeres se concentran en un número más reducido de sectores y ocupaciones, con frecuencia peor pagadas y menos valoradas;

b) la segregación vertical del mercado de trabajo: las mujeres por lo general ocupan puestos peor pagados, tienen mejor seguridad en el empleo y se enfrentan a más obstáculos para su carrera;

c) la dificultad para conciliar el trabajo, la vida familiar y la vida privada, así como la distribución desigual de las responsabilidades familiares y domésticas, que llevan a una mayor proporción de mujeres a ocupar empleos a tiempo parcial y a optar por interrupciones repetidas de sus carreras;

d) la falta de transparencia de las retribuciones, y e) el impacto de los estereotipos de género, que influyen en la elección de los cursos de formación educativa y profesional, al igual que la forma en que se evalúan las calificaciones y se clasifican los empleos.

23. Además, las circunstancias individuales de los trabajadores, como la situación familiar o el estado civil también repercuten en las diferencias de retribución entre mujeres y hombres.

24. Mientras que se ha avanzado realmente en la determinación y la comprensión de algunas de sus múltiples causas, siguen sin explicarse otros aspectos de las diferencias de retribución, lo que requiere que se siga investigando, en particular en relación con los efectos de la clasificación de los empleos y el reconocimiento, en metálico o en especie, aparte del sueldo o salario normal de base o mínimo, sobre los cuales no se dispone de los datos necesarios.

25. Un elevado índice de ocupación femenina a veces va parejo a una amplia diferencia de retribución con los hombres; sin embargo, el aumento del índice de ocupación femenina y la reducción de las diferencias de retri-

LEGISLACIÓN

bución entre mujeres y hombres son objetivos importantes que deben perseguirse de forma simultánea.

26. Se ha demostrado que los planteamientos consistentes en medidas para abordar de forma aislada una u otra causa de las diferencias de retribución no son suficientes para reducir de modo eficaz las diferencias de retribución entre mujeres y hombres.

27. Por consiguiente, la reducción de las diferencias de retribución entre mujeres y hombres requiere una ulterior movilización de todos los actores clave, a fin de que participen, de forma coordinada, con planteamientos específicos, integrados, polifacéticos y coherentes concebidos para hacer frente a sus múltiples causas, tanto a escala nacional como europea, también en el marco de la ejecución de la Estrategia Europa 2020.

28. Se espera que la Estrategia de la Comisión para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015) y muchas de las acciones en ella previstas contribuyan de modo significativo a la consecución de la igualdad de retribución entre mujeres y hombres.

29. En el pasado, la integración del principio de igualdad de género no ha sido siempre bien ejecutada en todos los ámbitos de políticas de los programas nacionales de reforma y podría seguir mejorándose con éxito en el marco de la Estrategia Europa 2020.

30. El objetivo principal de llegar a un índice de ocupación del 75 % de los hombres y mujeres con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años, marcado en el contexto de la Estrategia Europa 2020, presupone un aumento significativo de la participación de la mujer en el mercado de trabajo, que puede promoverse con medidas para reducir las diferencias de retribución entre mujeres y hombres, reforzar la formación de las mujeres, en particular en sectores en los que están insuficientemente representadas, mejorar la calidad de los trabajos de las mujeres y fomentar políticas de conciliación del trabajo, la vida familiar y la vida privada, así como para combatir la pobreza de las mujeres y mejorar su inclusión social, teniendo en cuenta las relativas posiciones de partida de los Estados miembros y sus circunstancias nacionales.

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

31. TOMA NOTA del informe, presentado por la Presidencia belga, que evalúa los indicadores de desigualdades retributivas relacionadas con el género y describe el trabajo de recogida de datos en este ámbito, determinadas dificultades inherentes que persisten y la necesidad de revisar y completar el conjunto de indicadores para reflejar el carácter multidimensional de las diferencias de retribución entre mujeres y hombres.

32. AFIRMA la necesidad de seleccionar un número limitado de indicadores para su uso regular, reservando los indicadores complementarios para uso de los expertos.

INVITA A LOS ESTADOS MIEMBROS A QUE:

33. Adopten o persigan un conjunto completo de medidas para abordar toda la gama de causas de las diferencias de retribución entre mujeres y hombres vinculadas a las desigualdades de género en el mercado de trabajo, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, y coordinando las acciones de todos los actores clave pertinentes, en particular los interlocutores sociales, en todos los niveles. Este ejercicio podría incluir las siguientes medidas:

a) la promoción de la transparencia, en particular respecto de la composición y las estructuras de los sueldos, inclusive mediante la información a las mujeres y los hombres jóvenes que se incorporen al mercado de trabajo;

b) la promoción de la evaluación y la clasificación neutrales de los empleos, por ejemplo cuando se recurra a una clasificación de empleos para determinar la retribución, de forma que se eviten las desigualdades de género y la discriminación resultante de la evaluación insuficiente de las cualificaciones de las mujeres y de los empleos y ocupaciones normalmente desempeñados por ellas;

c) la mejora de la calidad del empleo, en particular respecto del empleo inestable y el trabajo a tiempo parcial involuntario;

d) la eliminación de la segregación vertical recurriendo a medios adecuados, como la acción positiva o, en caso necesario, los objetivos cualitativos y cuantitativos o las medidas disuasorias encaminadas a mejorar el equilibrio de género en los puestos de decisión en los sectores público y privado;

e) la eliminación de la segregación horizontal en particular combatiendo los estereotipos de género en la educación, la vida laboral y los medios de comunicación, dentro del respeto de la libertad de expresión, ofreciendo un entorno educativo sensible a las cuestiones de género y un contenido educativo imparcial; promoviendo la educación y la formación a disposición de los miembros del sexo insuficientemente representado en los sectores en los que actualmente exista un desequilibrio de género; animando a mujeres y hombres a que practiquen el aprendizaje permanente para adquirir capacidades ocupacionales que se adapten a la nueva estructura del empleo y, cuando proceda, adoptando medidas positivas para facilitarles la participación en un ámbito de trabajo determinado;

f) las mejoras en la conciliación del trabajo, la vida familiar y la vida privada tanto para hombres como para mujeres mediante servicios de cuidado infantil accesibles, asequibles y de elevada calidad y servicios de cuidado para las personas dependientes, en número suficiente, en función de la demanda; mediante la flexibilidad del horario laboral en las empresas; y, cuando

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

proceda, mediante permisos parentales y filiales para el cuidado de los familiares dependientes o permisos de paternidad, acompañados de medidas para fomentar su asunción por los hombres;

g) la promoción de políticas apropiadas en materia de baja retribución, dentro del respeto de la autonomía de los interlocutores sociales;

h) el refuerzo de la aplicación efectiva de la legislación vigente sobre retribuciones y sobre igualdad en el trabajo;

i) la puesta de relieve de la cuestión de la igualdad entre mujeres y hombres en la retribución y en el trabajo, en el contexto de la responsabilidad social de las empresas, y

j) la promoción de la inclusión de la igualdad de retribución entre mujeres y hombres como condición que han de cumplir las empresas licitadoras para la concesión de los contratos públicos.

34. En los programas nacionales de reforma que se hayan de elaborar en el marco de la Estrategia Europa 2020, en diálogo con la Comisión Europea y teniendo en cuenta las relativas posiciones de partida de los Estados miembros y sus circunstancias nacionales, si procede, marquen objetivos nacionales y presenten un conjunto completo de medidas destinadas específicamente a:

a) aumentar el índice de ocupación femenina;

b) mejorar la oferta de servicios de cuidado infantil suficientes, asequibles y de elevada calidad para los niños en edad preescolar, en función de la demanda, de forma equivalente como mínimo a los objetivos fijados por el Consejo en Barcelona, y la oferta de servicios y equipo para otras personas dependientes;

c) reducir las diferencias de retribución entre mujeres y hombres, con arreglo a un plan plurianual, y

d) mejorar la conciliación de la vida laboral, la vida familiar y la privada.

35. Utilizar los Fondos Estructurales y otros fondos europeos para desarrollar medidas destinadas a luchar contra las desigualdades entre mujeres y hombres, cuando proceda.

36. Apliquen plenamente el artículo 20 de la Directiva 2006/54/CE para permitir a los organismos de fomento de la igualdad contribuir eficientemente a sus esfuerzos para intensificar las acciones destinadas a reducir las diferencias de retribución entre mujeres y hombres.

37. Lleven a la atención de las entidades de la sociedad civil que tengan un interés legítimo, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, la posibilidad que ofrece el artículo 17.2 de la Directiva 2006/54/CE de iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva.

INVITA A LOS ESTADOS MIEMBROS Y A LA COMISIÓN EUROPEA, DE CONFORMIDAD CON SUS COMPETENCIAS RESPECTIVAS, A QUE:

38. Integren de modo visible el principio de la integración general de las cuestiones de género en la ejecución de la Estrategia Europa 2020, velando por que se tenga en cuenta la igualdad de género y se promuevan medidas para la igualdad de género de manera coherente en:

a) la evaluación de la aplicación y el seguimiento de los cinco objetivos principales de la UE y las directrices integradas, así como en el seguimiento de las siete iniciativas emblemáticas;

b) los mecanismos de supervisión macroeconómica y temática, a través de la Encuesta Anual sobre el Crecimiento; los debates y las orientaciones del Consejo EPSCO; los programas nacionales de reforma; las recomendaciones específicas por países del Consejo EPSCO; el desarrollo de indicadores, estadísticas e informes, y las evaluaciones por homólogos.

INVITA A LOS ESTADOS MIEMBROS Y A LA COMISIÓN EUROPEA A QUE, APROVECHANDO AL MÁXIMO EL TRABAJO DEL INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO TOMEN LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA EL SEGUIMIENTO DE LAS DIFERENCIAS DE RETRIBUCIÓN ENTRE MUJERES Y HOMBRES, TENIENDO EN CUENTA SU CARÁCTER MULTIDIMENSIONAL, DEL MODO SIGUIENTE:

39. hagan una medición de las diferencias de retribución entre mujeres y hombres y supervisen los progresos regularmente valiéndose de los indicadores principales definidos en el anexo, sujetos a la disponibilidad de los datos, y teniendo en cuenta la metodología de la Encuesta sobre la Estructura de los Salarios (siglas en inglés SES), según proceda;

40. consideren los indicadores complementarios que figuran en el anexo como posibles instrumentos para ulterior investigación en profundidad de las diferencias de retribución entre mujeres y hombres, y

41. promuevan la investigación sobre la relación entre la tasa de ocupación de las mujeres y las diferencias de retribución entre mujeres y hombres.

INVITA A LA COMISIÓN EUROPEA A QUE, APROVECHANDO PLENAMENTE EL TRABAJO DEL INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO, HAGA LO SIGUIENTE:

42. Organice intercambios regulares de prácticas idóneas sobre medidas para reducir las diferencias de retribución entre mujeres y hombres, haciendo que participen en dichos intercambios los interlocutores sociales.

43. Considere la posible utilidad de realizar un estudio para determinar los aspectos de la remuneración que no se incluyen en las estadísticas de los Estados miem-

LEGISLACIÓN

bros, a fin de medir el efecto que tiene en la desigualdad de retribución la diferente forma en que dichas prestaciones se conceden a mujeres y hombres.

44. Realice periódicamente campañas de concienciación en este ámbito.

INVITA A LA COMISIÓN EUROPEA A QUE:

45. Haga más visibles las estrechas relaciones entre la consecución de la igualdad de retribución y la independencia económica, la promoción de conciliación, y la igualdad en la toma de decisiones, y la lucha contra los estereotipos de género en el marco de su Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015); y se dedique a estudiar a intervalos regulares los progresos alcanzados en este sensible ámbito en el informe anual sobre la igualdad de género que presente al Consejo Europeo de primavera.

46. Sin perjuicio del futuro marco financiero, evalúe y desarrolle medidas en el contexto de la política de cohesión social, incluidos los Fondos Estructurales, destinadas a reducir las diferencias de retribución entre mujeres y hombres.

47. Siga de cerca la plena aplicación de la legislación europea destinada a asegurar la igualdad en el trabajo y la igualdad de retribución para mujeres y hombres y promuevan, en consulta con los interlocutores sociales y respetando su autonomía, medidas activas dirigidas a alcanzar la igualdad real.

48. Consideren iniciativas encaminadas a animar a los Estados miembros a que contemplen medidas adecuadas que comprendan, en caso necesario y si procede, objetivos concretos, con miras a mejorar el equilibrio de género en los puestos de decisión del sector público y del sector privado.

49. Consideren la necesidad de crear un "Día europeo de la igualdad de retribución" con vistas a concienciar a la población en general y a los actores clave y estimulando con ello la adopción de medidas y su seguimiento.

ANIMA a los interlocutores sociales europeos a que acuerden un nuevo marco para la acción plurianual que comprenda estrategias activas y coordinadas y que consideren los objetivos cuantitativos dirigidos a la igualdad en el trabajo y de retribución para mujeres y hombres y a la mejora de la calidad del empleo de la mujer. INVITA al Comité de Empleo y al Comité de Protección Social a que tengan en cuenta en sus trabajos, siempre que proceda, los indicadores relativos a la igualdad entre mujeres y hombres, en particular los que reflejan la desigualdad de retribución entre mujeres y hombres,

y a que cooperen estrechamente con miras a asegurar un seguimiento regular de esta cuestión en el contexto de la ejecución de la Estrategia Europa 2020.

INVITA AL CONSEJO EUROPEO a que adapte y mejore el Pacto Europeo por la Igualdad de Género en la primavera de 2011, habida cuenta de la nueva Estrategia de la Comisión para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015), de la Estrategia Europa 2020 y de las presentes conclusiones.

CONSIDERARÁ la cuestión de "Las mujeres y la economía: conciliación de la vida laboral y la vida familiar" para el próximo examen de la aplicación de la Plataforma de Acción de Pekín.

Comentario a las Conclusiones del Consejo de 6 de diciembre de 2010 sobre el refuerzo del compromiso de eliminar las diferencias de retribución entre mujeres y hombres

Se considera que existe discriminación salarial cuando las diferencias de salario no reflejan única y exclusivamente diferencias de productividad⁴⁹. La discriminación salarial de las mujeres es un hecho que se puede constatar estadísticamente aunque es frecuente oír entre la ciudadanía y entre el alumnado de la universidad que la igualdad entre hombres y mujeres ya se ha alcanzado y que, por tanto, no tienen sentido las medidas de discriminación positiva. En cuanto a la concreta discriminación salarial son comunes, también, las afirmaciones en el sentido de que los hombres y las mujeres de tal o cual empresa cobran lo mismo y, en ese sentido, no hay discriminación. Este es un punto importante: si aceptamos que no existe discriminación implica que no hay que hacer nada para combatirla, mientras si frente a eso mantenemos que existe discriminación hay que seguir luchando. Por todo esto, queremos empezar por afirmar que en España existe discriminación salarial de las mujeres trabajadoras⁵⁰, apoyándonos en los datos estadísticos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE).

Según el Boletín Mensual de Estadística de enero de 2011, que publica los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) para la población de 16 a 64 años, la tasa de actividad para los varones en el cuarto trimestre de 2010 es del 81,6 frente al 67,3 de las mujeres, mientras la tasa de paro es para los varones de 20,1 y para las mujeres de 20,9. Respecto al tipo de contrato, la EPA refleja una cla-

⁴⁹ Cfr. Gloria Moreno Raymundo, José Manuel Rodríguez Rodríguez y Joaquín Vera Grijalba, *La participación laboral femenina y la discriminación salarial en España*, CES, Colección Estudios, núm. 29, Madrid, 1996, pág. 16.

⁵⁰ Así lo afirma también la doctrina: "el análisis de los escasos datos existentes respecto a los ingresos de hombres y mujeres a un nivel agregado muestra dos hechos perfectamente constatables. En primer lugar, los salarios o ingresos medios de las mujeres son inferiores a los de los varones; en segundo lugar, la distribución de ocupaciones es desfavorable a las mujeres en un doble sentido: por una parte se encuentran concentradas en un número de ocupaciones relativamente pequeño (segregación ocupacional); por otro, su participación en los puestos de trabajo mejor pagados es muy inferior a la de los varones, tanto en términos relativos como absolutos" (ibídem, pág. 59).

LEGISLACIÓN

ra diferencia entre hombres y mujeres en la contratación a tiempo parcial: así, en el sector público para los varones la tasa es de 263,8 frente a 489,7 para las mujeres y, en el sector privado, la contratación a tiempo parcial es de 1.673,5 para los varones y de 1.373,3 para las mujeres. En cuanto a las diferencias de retribución, el documento "España en cifras" del INE indica que, según la Encuesta de Estructura Salarial, el salario bruto medio anual es de 20.390,3 euros por trabajador en 2007 y el salario femenino es un 25,6 % inferior al masculino⁵¹. Esta diferencia salarial por género puede producirse en el salario base o en los complementos salariales por antigüedad o productividad, entre otros: debe recordarse que el salario base se establece en la negociación colectiva y se asigna automáticamente a cada categoría ocupacional, mientras que los complementos salariales suelen ser más discrecionales⁵². En concreto, los datos de la Encuesta de Estructura Salarial de 1995 mostraban que las diferencias en el salario base eran del 10% mientras que en los complementos salariales eran del 59%. Estos datos permiten concluir que en 1995 la diferencia salarial por género en España se debía fundamentalmente a que los hombres contaban con unos complementos salariales que superaban casi en un 60% a los de las mujeres⁵³.

Ya hemos visto que las mujeres cobran un 25,6 % menos que los hombres y, por tanto, es preciso adoptar medidas para evitar esta discriminación que es contraria al derecho fundamental a la igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, que expresamente prohíbe las discriminaciones por razón de sexo. Este derecho fundamental despliega su eficacia sobre todo el ordenamiento jurídico que, como es conocido, debe respetar la Constitución: por eso el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores impide la discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales⁵⁴ y, específicamente, la Ley 33/2002, de 5 de julio, modificó el Estatuto de los Trabajadores regulando la igualdad de remuneración del siguiente modo

"El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella"⁵⁵.

Según este art. 28 del Estatuto de los Trabajadores el empresario tiene una obligación legal de pagar lo mismo a hombres y a mujeres por el mismo trabajo y, si la incumple, no sólo vulnera el Estatuto de los Trabajadores sino también la Constitución. Esta configuración legal permite a las mujeres trabajadoras acudir al Juzgado de lo Social a reclamar frente al empresario un salario igual al de sus compañeros varones y, en caso de no ser estimada su demanda, podrán acudir, previo agotamiento de todos los recursos, al Tribunal Constitucional en amparo por vulneración del art. 14 de la Constitución.

Con la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores no tendría que haber discriminación salarial pero, como se ha visto al principio, los datos del INE reflejan lo contrario. Es en este contexto donde se puede insertar el documento del Consejo que analizamos. En estas Conclusiones lo primero que se hace constar es que la igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental de la Unión Europea y el Tratado de la Unión Europea garantiza la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Además, eliminar las diferencias de retribución constituye una prioridad política compartida por todos los Estados miembros, aunque en este aspecto también juegan un papel muy importante los interlocutores sociales, sobre todo a través de la negociación colectiva. En cuanto a los datos estadísticos el punto 20 de las Conclusiones refleja que, dentro de la Unión Europea, las diferencias de retribución entre mujeres y hombres siguen siendo del 18 % por término medio, según la Encuesta sobre la Estructura de los Salarios (SES).

Las causas de esta discriminación salarial son numerosas y complejas, como se recoge en el punto 22, y entre ellas se pueden destacar la segregación horizontal del mercado de trabajo, que significa que las mujeres se concentran en un número más reducido de sectores y ocupaciones, peor pagadas y menos valoradas; la segregación vertical, que supone que las mujeres ocupan puestos peor pagados, tienen menor seguridad en el empleo y se enfrentan a más obstáculos para su carrera; o que la conciliación de la vida familiar y laboral lleva a más mujeres a ocupar trabajos a tiempo parcial⁵⁶.

⁵¹ Página 28.

⁵² Cfr. Sara de la Rica Goiriceleya, "Segregación ocupacional y diferencias salariales por género en España, 1995-2006", en *Mujeres y mercado laboral en España. Cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*, Antonio Villar (dir.), Fundación BBVA, Bilbao, 2010, págs. 22-23.

⁵³ *Ibidem*, pág. 26.

⁵⁴ El art 17 del Estatuto de los Trabajadores, dedicado a la "No discriminación en las relaciones laborales", establece que "1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español".

⁵⁵ Artículo 28 ET.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

Las Conclusiones constatan que no se puede abordar el problema de forma aislada, sino que la reducción de las diferencias de retribución entre mujeres y hombres requiere una ulterior movilización de todos los actores clave, a fin de que participen, de forma coordinada, con planteamientos específicos, integrados, polifacéticos y coherentes, concebidos para hacer frente a sus múltiples causas, tanto a escala nacional como europea, en el marco de la ejecución de la Estrategia Europa 2020⁵⁷. Con estas premisas el Consejo invita a los Estados miembros a que adopten o persigan un conjunto completo de medidas para abordar toda la gama de causas de las diferencias de retribución entre mujeres y hombres vinculadas a las desigualdades de género en el mercado de trabajo (punto 33), incluyendo las siguientes: la promoción de la transparencia y de la clasificación neutral de los empleos, la mejora de la calidad del empleo, la eliminación de la segregación vertical y horizontal, la mejora de la conciliación de la vida familiar y laboral, el refuerzo de la aplicación efectiva de la

legislación vigente sobre retribuciones y sobre igualdad en el trabajo y, finalmente, la promoción de la inclusión de la igualdad de retribución entre mujeres y hombres como condición que han de cumplir las empresas licitadoras para la concesión de los contratos públicos.

Como conclusión podemos decir que, aunque la discriminación salarial de las mujeres respecto de los hombres sigue siendo una realidad, los poderes públicos están tomando conciencia de este problema abordando medidas para su corrección a través de la legislación positiva como, por ejemplo el documento que analizamos: es un conjunto de recomendaciones a los Estados miembros que lógicamente estos deben desarrollar, por lo que es esperable que se adopten medidas para corregir esta desigualdad y lograr que la igualdad sea real y efectiva, como establece nuestro art. 9.2 de la Constitución. (María Dolores Cabello Fernández. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

DECRETO 440/2010, DE 14 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA LA ELABORACIÓN DEL INFORME PERIÓDICO, RELATIVO A LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA⁵⁸

El artículo 73.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía reconoce a nuestra Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de políticas de género que, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.1 de la Constitución, incluye, en todo caso, la promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos, la planificación y ejecución de normas y planes en materia de políticas para la mujer, así como el establecimiento de normas positivas para erradicar la discriminación por razón de sexo.

En este mismo sentido, el artículo 15 del texto estatutario garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

La Comunidad Autónoma de Andalucía asume por tanto, en su Estatuto de Autonomía un fuerte compromiso a fin de propiciar la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de la mujer a la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social, según dispone el artículo 10.2.

La Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, establece, en el artículo 64, como una de las garantías para la igualdad de género, la evaluación de la aplicación de la Ley a través de un informe periódico sobre el conjunto de actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, disponiendo en el mismo artículo que dicho informe se determinará reglamentariamente y será coordinado por la Consejería que ostenta las competencias en materia de igualdad. Se hace pues necesaria la determinación reglamentaria de la periodicidad, el contenido y el procedimiento para la elaboración del informe sobre la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Asimismo, entre el contenido de este informe se encuentra el de recoger el seguimiento de las actuaciones contempladas en el Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres previsto en el artículo 7 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, el cual incluirá medidas para alcanzar el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres y para eliminar la discriminación por razón de sexo.

⁵⁶ Sobre este punto se puede consultar la obra de Alfonsa Denia Cuesta, "Género y jornada parcial en España: segregación y empleo involuntario", *Mujeres y mercado laboral en España. Cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*, Antonio Villar (dir.), Fundación BBVA, Bilbao, 2010, págs. 49-82.

⁵⁷ Puntos 26 y 27.

⁵⁸ BOJA núm. 2, de 4 de enero de 2011.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

El Decreto 437/2008, de 2 de septiembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres, establece en su artículo 3.d), que una de las competencias de esta Comisión es la de analizar y debatir el informe periódico, previsto en el artículo 64 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. A tal fin, todos los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía colaborarán con la Comisión facilitándole la información necesaria.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía y por la disposición final primera de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 14 de diciembre de 2010,

DISPONGO

Artículo 1. Objeto.

Mediante el presente Decreto se regula la periodicidad, el contenido y el procedimiento de elaboración del informe periódico sobre la efectividad del conjunto de las actuaciones relativas al principio de igualdad entre mujeres y hombres adoptadas por la Administración de la Junta de Andalucía, en lo sucesivo, informe periódico, previsto en el artículo 64 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía.

Artículo 2. Competencia.

1. La competencia para la elaboración y coordinación del informe periódico la asumirá la Consejería competente en materia de igualdad, a través del Instituto Andaluz de la Mujer, según la disposición adicional única de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.
2. El Consejo de Gobierno aprobará el informe periódico y lo remitirá al Parlamento de Andalucía.

Artículo 3. Funciones de la Consejería competente en materia de igualdad.

La Consejería competente en materia de igualdad desarrollará las siguientes funciones en relación al informe periódico:

- a) Recepcionar y sistematizar la información remitida por las Consejerías de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del Instituto Andaluz de la Mujer, referente a las actuaciones derivadas de la aplicación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, y del Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía.
- b) Dar traslado a la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía de la propuesta provisional de informe, la cual analizará y debatirá el mismo, según se establece en el artículo 3.d) del Decreto 437/2008, de 2 de septiembre.

- c) Elevar la propuesta definitiva del Informe periódico al Consejo de Gobierno para su aprobación y remisión al Parlamento Andaluz.

Artículo 4. Periodicidad.

El informe periódico se elaborará y aprobará con periodicidad bienal.

Artículo 5. Estructura y Contenido.

El contenido del informe periódico se estructurará en los siguientes apartados:

- a) Las actuaciones de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales, en relación a la aplicación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, estableciendo los criterios correctores que correspondan con la finalidad objeto de esta Ley.
- b) El seguimiento de las actuaciones contempladas en el Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres, previsto en el artículo 7 de la Ley 12/2007 de 26 de noviembre.
- c) Cualquier otra información sobre medidas correctoras adoptadas por la Administración de la Junta de Andalucía para la consecución efectiva de la igualdad real entre mujeres y hombres no incluidas en el apartado anterior.

Artículo 6. Procedimiento de elaboración y aprobación.

1. La información debidamente actualizada, a la que hace referencia el artículo anterior, será cursada por las distintas Consejerías al Instituto Andaluz de la Mujer por los medios telemáticos que se establezcan, a través de sus Unidades de Igualdad de Género. Esta información será remitida, en todo caso, antes de finalizar el mes de marzo del año siguiente a aquél al que se refiere la información.
2. La Consejería competente en materia de igualdad, a través del Instituto Andaluz de la Mujer, realizará una propuesta provisional de Informe periódico que se remitirá a la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres la cual lo analizará, debatirá y propondrá un documento definitivo antes del 30 de junio del año siguiente al período al que se refiere la información.

3. La Consejería competente en materia de igualdad elevará propuesta definitiva del informe periódico al Consejo de Gobierno para su aprobación y posterior remisión al Parlamento de Andalucía.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente Decreto.

Disposición final primera. Desarrollo y ejecución.

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar las disposiciones que sean necesarias para la aplicación y desarrollo del presente Decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

LEGISLACIÓN

DECRETO 12/2011, DE 25 DE ENERO, POR EL QUE SE CREA Y REGULA LA COMISIÓN DE COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS AUTONÓMICAS Y LOCALES PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO⁵⁹

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 10.2, establece como objetivo de la Comunidad Autónoma propiciar “la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquélla en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social”.

Para el cumplimiento de este objetivo la Comunidad Autónoma asume la competencia exclusiva en materia de políticas de género, que incluye, en todo caso, la promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.1.a) del texto estatutario.

Asimismo la citada norma, entre las garantías determinadas en el Capítulo IV del Título I, establece en su artículo 38, la vinculación de todos los poderes públicos andaluces a los derechos reconocidos en el Capítulo II, entre los que se encuentra la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, derecho reconocido en el artículo 15 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Para hacer efectivo este mandato, los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía deberán ejercitar las competencias que les correspondan desde una perspectiva de género, formulando y desarrollando una política global de protección de los derechos de las mujeres.

El artículo 4.9 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, proclama como uno de los principios generales que ha de regir la actuación de los poderes públicos andaluces, con el objetivo de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, el impulso de las relaciones entre las distintas Administraciones, instituciones y agentes sociales basadas en principios de colaboración, coordinación y cooperación. Con este objetivo, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, contempla en su artículo 63 la figura de la Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la igualdad de género, con el objeto de coordinar e impulsar la integración del enfoque de género en las políticas y programas, en materia de igualdad de mujeres y hombres, desarrolladas por las distintas Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma.

A este respecto, es importante destacar que el Acuerdo de 19 de enero de 2010, por el que se aprobó el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en

Andalucía 2010-2013, cuenta entre sus líneas de actuación con la integración de la perspectiva de género. Uno de los objetivos fundamentales de la citada línea de actuación es garantizar la integración de la perspectiva de género en el funcionamiento de la Administración Andaluza. Forma parte de las medidas previstas para la consecución de dicho objetivo, el desarrollo reglamentario de la Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la Igualdad de Género.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 25 de enero de 2011.

DISPONGO
CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Creación.

El objeto del presente Decreto es crear la Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la igualdad de género, en lo sucesivo Comisión, así como determinar sus funciones, composición y régimen de funcionamiento.

Artículo 2. Naturaleza y fines.

La Comisión es el órgano colegiado de participación administrativa encargado de coordinar e impulsar la integración del enfoque de género en las políticas y programas, en materia de igualdad de mujeres y hombres, desarrollados por las diferentes Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía.

Artículo 3. Adscripción.

La Comisión estará adscrita orgánicamente, a la Consejería competente en materia de igualdad, y funcionalmente al Instituto Andaluz de la Mujer.

Artículo 4. Funciones.

Le corresponde a la Comisión desarrollar, en su ámbito de competencias, las siguientes funciones:

- a) Promover la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito de actuación de las distintas Administraciones Públicas Andaluzas.

⁵⁹ BOJA núm. 30, de 11 de febrero de 2011

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

b) Hacer un seguimiento del cumplimiento, desarrollo y aplicación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.

c) Cooperar institucionalmente en materia de igualdad de mujeres y hombres a fin de impulsar la integración del enfoque de género en las políticas y programas que se desarrollen en el ámbito de actuación de las distintas Administraciones Públicas Andaluzas.

d) Realizar propuestas de actuación, emitir informes y dictámenes, tendentes a lograr la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

e) Cuantas otras tareas le sean atribuidas en materia de igualdad de género.

CAPÍTULO II

Composición

Artículo 5. Composición.

1. La Comisión estará integrada por una Presidencia, dos Vicepresidencias, las Vocalías y la Secretaría.

2. La composición del órgano respetará la representación equilibrada de mujeres y hombres de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.

Artículo 6. Presidencia.

1. Ejercerá la Presidencia de la Comisión la persona titular de la Consejería competente en materia de Igualdad.

2. Son funciones de la Presidencia, sin perjuicio de las que le corresponden como persona miembro del órgano:

a) Ejercer la representación y dirección de la Comisión.

b) Fijar el Orden del día, acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias del pleno.

c) Presidir las sesiones del Pleno, moderar el desarrollo de los debates y velar por la ejecución de los acuerdos.

d) Dirimir con su voto el resultado de las votaciones en caso de empate,

e) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos de la Comisión

f) Cumplir y velar por el cumplimiento de los acuerdos de la Comisión.

g) Cuantas otras funciones le sean inherentes a la condición de titular de la Presidencia y que se recojan en el Reglamento de organización y funcionamiento.

Artículo 7. Vicepresidencias.

1. Ejercerá la Vicepresidencia primera de la Comisión la persona que ostente la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer.

2. Ejercerá la Vicepresidencia segunda de la Comisión la persona elegida entre aquellas que ocupen las vocalías en representación de los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales de Andalucía. El período de duración en la Vicepresidencia irá vinculado al período de duración de su condición de vocal.

3. A la persona titular de la Vicepresidencia primera le corresponde sustituir a la persona que ostente la Presi-

dencia en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad de ésta. En los mismos supuestos anteriores la suplencia de la Vicepresidencia primera será ejercida, por quien ocupe la Vicepresidencia segunda.

Artículo 8. Secretaría.

1. La Secretaría de la Comisión se ejercerá por un funcionario o funcionaria que desempeñe un puesto de Jefatura de Servicio, y su nombramiento se realizará por la persona que ostenta la Presidencia de la Comisión por un período de 4 años, prorrogables por períodos de igual duración y sin limitación alguna.

2. A la persona titular de la Secretaría le corresponde:

a) Asistir a las sesiones de la Comisión en la que participará con voz pero sin voto.

b) Efectuar las convocatorias de las sesiones de la Comisión por orden de la Presidencia, así como las citaciones a cada uno de los miembros.

c) Preparar el despacho de los asuntos.

d) Recepcionar los escritos y la documentación que se generen en el seno de la Comisión o que remitan sus miembros.

e) Autorizar con su firma los informes realizados por la Comisión.

f) Expedir certificados de las actuaciones y acuerdos, así como de asistencia de las personas que ocupan las vocalías.

g) Redactar y autorizar las actas de las sesiones de la Comisión, así como custodiar el Libro de Actas.

h) Cuantas funciones le sean atribuidas por la Presidencia, dentro de su ámbito de competencias, así como otras funciones que sean inherentes a la condición de titular de la Secretaría.

3. La suplencia de la persona titular de la Secretaría recaerá en una persona designada por la Presidencia de la Comisión que deberá cumplir los mismos requisitos exigidos a la persona titular.

Artículo 9. Vocalías.

1. Formarán parte de la Comisión las siguientes Vocalías:

a) Nueve personas en representación de los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales de Andalucía designadas por la asociación de municipios y provincias de ámbito andaluz más representativa. Su designación se hará por un período de cuatro años prorrogables por períodos de igual duración y sin limitación alguna.

b) Ocho personas, al menos con rango de Director o Directora General, que serán designadas por cada una de las Consejerías de la Administración de la Junta de Andalucía con competencias en materia de Régimen Local, Hacienda, Educación, Economía, Empleo, Salud, Igualdad y Cultura.

2. En caso de vacante, ausencia o enfermedad de las personas que sean titulares de las vocalías de la Comi-

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

sión, serán sustituidas por sus suplentes, quienes serán designadas al tiempo y con los mismos requisitos que las personas titulares de las vocalías.

3. A las personas titulares de las vocalías le corresponden las siguientes funciones, derechos y deberes:

- a) Ser notificadas de la convocatoria y del orden del día de las sesiones.
- b) Consultar la documentación relativa al orden del día, que deberá estar puesta a su disposición con una antelación al menos de cuarenta y ocho horas.
- c) Participar en las deliberaciones y debates de las sesiones.
- d) Ejercer el derecho al voto y formular voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.
- e) Formular ruegos y preguntas.
- f) Proponer a la Presidencia, de forma individual o colectiva, la inclusión de asuntos en el orden del día, en la forma y plazo que se establezcan en el Reglamento de organización y funcionamiento.
- g) Obtener información precisa para el cumplimiento de sus funciones.
- h) Cuantos otros derechos, deberes y funciones sean inherentes a su condición y les reconozcan las normas contenidas en el Reglamento de organización y funcionamiento.

CAPÍTULO III

Funcionamiento

Artículo 10. Convocatorias y sesiones.

1. La Comisión se reunirá, en sesión ordinaria, al menos, dos veces al año y, en sesión extraordinaria, a iniciativa de la Presidencia o cuando lo solicite, al menos, un tercio de las personas integrantes.
2. Las sesiones serán convocadas por la Presidencia con 15 días de antelación, salvo por razones de urgencia, en cuyo caso el plazo se reducirá a 48 horas.
3. La Comisión se regirá por sus propias normas de organización y funcionamiento y, en todo aquello no

previsto expresamente por el presente Decreto, será de aplicación lo previsto para los órganos colegiados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. La Comisión podrá crear grupos de trabajo con la composición y funcionamiento que se determinen en el Reglamento de organización y funcionamiento, al objeto de tratar cuestiones específicas.

Artículo 11. Gestión administrativa y presupuesto.

Corresponde al Instituto Andaluz de la Mujer prestar la asistencia técnica y administrativa necesaria para el funcionamiento de la Comisión, así como de los grupos de trabajo que se constituyan.

Disposición adicional única. Constitución de la Comisión.

La Comisión se constituirá en el plazo de dos meses contados desde la entrada en vigor del presente Decreto.

Disposición final primera. Desarrollo y ejecución.

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones y actos sean necesarios para el desarrollo y ejecución de lo establecido en el presente Decreto.

Disposición final segunda. Reglamento de funcionamiento.

En el plazo de un año, a partir de la fecha de constitución de la citada Comisión ésta elaborará y aprobará su propio Reglamento de organización y funcionamiento, en los términos regulados en el artículo 91.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN⁶⁰

UNIÓN EUROPEA

- Reglamento (UE, EURATOM) n° 1080/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades⁶¹. Considerandos (15) y (21); Artículo 1 apartado 9 (Artículo 95.2 del Estatuto), 3.5, 4.

- Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁶².

- Reglamento (UE) n° 1151/2010 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2010, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 763/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los censos de población y vivienda, en lo que respecta a las modalidades y la estructura de los informes sobre la calidad y al formato técnico para la transmisión de los datos⁶³. Anexo III.

- Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros⁶⁴. Considerandos (2), (11) y (12); Anexo: Orientaciones n° 7, 8 y 10.

- Decisión del Comité Mixto del EEE n° 92/2010, de 2 de julio de 2010, por la que se modifica el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) y el Protocolo 37 del Acuerdo EEE⁶⁵.

- Decisión del Comité Mixto del EEE n° 109/2010, de 1 de octubre de 2010, por la que se modifica el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) del Acuerdo EEE⁶⁶.

- Declaración del Consejo sobre el Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social: trabajar juntos para luchar contra la pobreza en 2010 y después⁶⁷. Puntos 3, 4, 4.1.

- Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nue-

vo marco europeo de la discapacidad⁶⁸. Puntos 1 y 22. - Conclusiones del Consejo de 6 de diciembre de 2010 sobre el refuerzo del compromiso de eliminar las diferencias de retribución entre mujeres y hombres y la intensificación de las medidas a tal efecto, y sobre el examen de la aplicación de la Plataforma de Acción de Pekín⁶⁹.

ESTATAL GENERAL

- Ley 36/2010, de 22 de octubre, del Fondo para la Promoción del Desarrollo⁷⁰. Preámbulo I (último párrafo), Artículos 1.2, 2.1 d), 3.1, 9.2 *in fine*.

- Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011⁷¹. Artículo 64; Disposiciones Adicionales: Primera, Quinta, Trigésima (apartados Uno -9ª- y Dos); Disposición Transitoria Cuarta regla 3ª; Disposiciones Finales: Decimotercera, Vigésima primera, Vigésima segunda, Vigésima tercera; Anexo II: apartado Segundo punto Doce; Corrección Técnica apartados II y III.

- Ley 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco⁷². Artículo único, apartado Once (artículo 13 de la Ley 28/2005).

- Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007⁷³. Artículos 2 y 3 del Convenio.

- Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996⁷⁴.

- Real Decreto 1220/2010, de 1 de octubre, por el que se crea el Observatorio Universitario de Becas, Ayudas al Estudio y Rendimiento Académico⁷⁵. Artículo 3.3.

⁶⁰ Elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

⁶¹ DOUE L, 311, 26.11.2010.

⁶² DOUE L, 343, 29.12.2010.

⁶³ DOUE L, 324, 9.12.2010.

⁶⁴ DOUE L, 308, 24.11.2010.

⁶⁵ DOUE L, 277, 21.10.2010.

⁶⁶ DOUE L, 332, 16.12.2010.

⁶⁷ DOUE C, 333, 10.12.2010.

⁶⁸ DOUE C, 316, 20.11.2010.

⁶⁹ DOUE C, 345, 18.12.2010.

⁷⁰ BOE núm. 257, de 25 de octubre de 2010.

⁷¹ BOE núm. 311, de 23 de diciembre de 2010.

⁷² BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010.

⁷³ BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

⁷⁴ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁷⁵ BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2010.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

- Real Decreto 1258/2010, de 8 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Política Social⁷⁶. Artículo 8.4.
- Real Decreto 1286/2010, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa⁷⁷. Artículo 25.3.
- Real Decreto 1287/2010, de 15 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa⁷⁸. Artículos 7.1 k), 9.2 p), 9.5.
- Real Decreto 1313/2010, de 20 de octubre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales⁷⁹. Artículos 1, 15.
- Real Decreto 1331/2010, de 22 de octubre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno⁸⁰. Artículos 1.1 g), 8.
- Real Decreto 1366/2010, de 29 de octubre, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales⁸¹. Artículo 14.1 a), Disposición adicional sexta.
- Real Decreto 1369/2010, de 29 de octubre, por el que se nombra Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer a doña Soledad Cazorla Prieto⁸².
- Real Decreto 1440/2010, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Seguridad Nuclear⁸³. Artículos 24.2 d), 37.3.r), 52.4.
- Real Decreto 1443/2010, de 5 de noviembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino⁸⁴. Artículo 10.1 d).
- Real Decreto 1526/2010, de 15 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 1791/2009, de 20 de noviembre, por el que se regula el régimen de funcionamiento, competencias y composición del Consejo de Participación de la Mujer⁸⁵.
- Real Decreto 1527/2010, de 15 de noviembre, por el que se regulan la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y el Registro de Proyectos de Investigación⁸⁶. Artículo 4.1 párrafo quinto.
- Real Decreto 1564/2010, de 19 de noviembre, por el

que se aprueba la Directriz básica de planificación de protección civil ante el riesgo radiológico⁸⁷. Anexo V (Grupo 1, párrafo tercero).

- Real Decreto 1591/2010, de 26 de noviembre, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Ocupaciones 2011⁸⁸. Anexo: 2825 y 3714.
- Real Decreto 1708/2010, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Programa anual 2011 del Plan Estadístico Nacional 2009-2012⁸⁹. Anexo I apartado 1: Programas 5441, 5505, 5661, 5662, 5673; apartado 2: Programa 5441- Índice de Operaciones Estadísticas 65003, Programa 5505- Índice de Operaciones Estadísticas 30468, Programa 5661- Índice de Operaciones Estadísticas 65003, Programa 5662- Índice de Operaciones Estadísticas 65004, Programa 5673- Índice de Operaciones Estadísticas 30456; Anexo II Programas 5280, 5395, 5398, 5400, 5441, 5505, 5545, 5553, 5560, 5565, 5661, 5662, 5673, 5802, 5833.
- Real Decreto 1714/2010, de 17 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, para su adaptación a la nueva estructura de los departamentos ministeriales de la Administración General del Estado. Artículo único apartado tres (artículo 2.1, párrafo c) del Real Decreto 1879/1996⁹⁰.
- Real Decreto 1735/2010, de 23 de diciembre, por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2010⁹¹. Artículo 1.1, letras f), o).
- Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario⁹². Artículos 4, 7.1 d) y w), 8 c), 11 b), 13.2 j), 34, 35.5, 38.3 a) y b), 38.5, 48.3, 51 n), 52.3, 65.3 k) (todos son del Estatuto).
- Real Decreto 1795/2010, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2011⁹³. Artículo 1.
- Real Decreto 1797/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Fondo para la Internacionalización de la Empresa⁹⁴. Artículo 13.1 del Reglamento.

⁷⁶ BOE núm. 245, de 9 de octubre de 2010.

⁷⁷ BOE núm. 257, de 23 de octubre de 2010.

⁷⁸ BOE núm. 257, de 23 de octubre de 2010.

⁷⁹ BOE núm. 255, de 21 de octubre de 2010.

⁸⁰ BOE núm. 257, de 23 de octubre de 2010.

⁸¹ BOE núm. 267, de 4 de noviembre de 2010.

⁸² BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2010.

⁸³ BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 2010.

⁸⁴ BOE núm. 269, de 6 de noviembre de 2010.

⁸⁵ BOE núm. 290, de 1 de diciembre de 2010.

⁸⁶ BOE núm. 294, de 4 de diciembre de 2010.

⁸⁷ BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2010.

⁸⁸ BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010.

⁸⁹ BOE núm. 312, de 24 de diciembre de 2010.

⁹⁰ BOE núm. 8, de 10 de enero de 2011.

⁹¹ BOE núm. 315, de 28 de diciembre de 2010.

⁹² BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010.

⁹³ BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

- Orden IGD/2698/2010, de 4 de octubre, la que se proclaman las organizaciones y asociaciones de mujeres elegidas para ejercer las 20 vocalías que integran el Consejo de Participación de la Mujer en representación de las propias organizaciones y asociaciones de mujeres⁹⁵.

- Orden SPI/3138/2010, de 26 de noviembre, por la que se resuelve el procedimiento para la concesión del distintivo "Igualdad en la Empresa" correspondiente al año 2010, convocado mediante Orden IGD/869/2010, de 30 de marzo⁹⁶.

ANDALUCÍA

- Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011⁹⁷. Artículos 2.4, 25.1 a).

- Decreto 397/2010, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Director Territorial de Residuos No Peligrosos de Andalucía 2010-2019⁹⁸. Anexo: puntos 6 (Objetivo general 7º), 11 (Indicador IG37), 12.2 (Función 6).

- Decreto 407/2010, de 16 de noviembre, por el que se

establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda⁹⁹. Artículo 7.1 l).

- Decreto 422/2010, de 23 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 133/2010, de 13 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública¹⁰⁰. Artículo único apartado 7 (adición párrafo c al artículo 15).

- Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, por el que se regulan los órganos de ética asistencial y de la investigación biomédica en Andalucía¹⁰¹. Artículos 2.3, 4.2 f), 5.2, 8.3, 12.4, 16.8.

- Decreto 440/2010, de 14 de diciembre, por el que se regula la elaboración del Informe Periódico, relativo a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito competencial de la Administración de la Junta de Andalucía¹⁰².

- Orden de 6 de octubre de 2010, por la que se crean ficheros con datos de carácter personal en materia de violencia de género¹⁰³.

- Resolución de 30 de diciembre de 2010, del Instituto Andaluz de la Mujer, sobre el reconocimiento a empresas participantes del Programa Cualifica¹⁰⁴.

⁹⁴ BOE núm. 17, de 20 de enero de 2011.

⁹⁵ BOE núm. 252, de 18 de octubre de 2010.

⁹⁶ BOE núm. 293, de 3 de diciembre de 2010.

⁹⁷ BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2010.

⁹⁸ BOJA núm. 231, de 25 de noviembre de 2010.

⁹⁹ BOJA núm. 226, de 19 de noviembre de 2010.

¹⁰⁰ BOJA núm. 232, de 26 de noviembre de 2010.

¹⁰¹ BOJA núm. 251, de 27 de noviembre de 2010.

¹⁰² BOJA núm. 2, de 4 de enero de 2011.

¹⁰³ BOJA núm. 214, de 3 de noviembre de 2010.

¹⁰⁴ BOJA núm. 6, de 11 de enero de 2011.

JURISPRUDENCIA • TEDH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 30 NOVIEMBRE 2010: ASUNTO 35159/09. TRANSEXUALIDAD Y RÉGIMEN DE VISITAS HIJO: NO DISCRIMINACIÓN POR PARTE DE ESPAÑA.

En el asunto P. V. contra España,
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en una Sala compuesta por los Jueces J. Casadevall, Presidente, E. Fura, C. Bîrsan, B. M. Zupani, A. Gyulumyan, E. Myjer, L. López Guerra, así como por Z., Secretario de Sección,

Después de haber deliberado en privado el 9 de noviembre de 2010,

Dicta la siguiente

SENTENCIA

Procedimiento

1. El asunto tiene su origen en una demanda (n.º 35159/2009) dirigida contra el Reino de España que una ciudadana de este Estado, la señora P. V. («la demandante»), había presentado ante el Tribunal, con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»), el 18 de junio de 2009.

2. La demandante estuvo representada por el señor X, Abogado colegiado en Madrid. El Gobierno español («el Gobierno») estuvo representado por su agente, el señor Y, Jefe del servicio jurídico de los Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

3. La demandante alega que su transexualidad tuvo un peso determinante en la decisión judicial de restringir el régimen de visitas a su hijo.

4. El 26 de agosto de 2009, el Presidente de la Sección Tercera decidió notificar la demanda al Gobierno. De acuerdo con el artículo 29.3 del Convenio, decidió que la admisibilidad y el fundamento del asunto serían examinados a la vez.

Hechos

I Las circunstancias del caso

5. La demandante nació en 1976 y reside en Lugo. Es transexual, pasó del sexo masculino al femenino.

6. Antes de iniciar el tratamiento de cambio de sexo, la demandante estuvo casada con P. Q. F. con quien tuvo un hijo nacido en 1988. Por Sentencia de 2 abril 2002, el Juzgado de Primera instancia n.º 4 de Lugo se decretó la separación legal del matrimonio, aprobándose judicialmente el convenio regulador pactado entre los cónyuges. Conforme a las disposiciones de este convenio, la guarda y custodia del niño fue atribuida a la madre y la patria potestad compartida a los dos padres. Por otro lado, fijó un régimen de visitas a favor del padre, con quien el hijo pasaría un fin de semana de cada dos y la mitad de las vacaciones escolares.

7. El 24 de mayo de 2004, P. Q. F. presentó una demanda de modificación de las medidas definitivas de la Sentencia de separación. Solicitó la privación de la patria potestad a su ex esposo y la suspensión inmediata del régimen de visitas y comunicación entre el padre y el hijo, alegando cierto desinterés del padre sobre el hijo, así como el hecho de que seguía un tratamiento hormonal para cambiar de sexo, que se maquillaba y se vestía habitualmente como una mujer.

8. Por Sentencia de 18 octubre 2004, el Juzgado de Primera instancia n.º 4 de Lugo admitió parcialmente las pretensiones de la madre. Por un lado, el Juez desestimó la demanda de P. Q. F. solicitando la privación del ejercicio de la patria potestad de la demandante, al entender que no consta acreditado que ésta última hubiera incumplido de forma grave sus obligaciones hacía el niño. En consecuencia, confirmó la patria potestad compartida.

9. Por otro lado, respecto al régimen de visitas, el Juez decidió limitarlo en lugar de suspenderlo totalmente como deseaba la madre. Al respecto, recordó la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la cual el derecho de visita no estaba configurado como un derecho incondicional para el progenitor, sino como un derecho sometido al interés y al beneficio del menor. Así mismo, el Juez señaló que el régimen de visitas no podía ser utilizado para proteger las tensiones y la intimidad existentes entre los padres, siendo su finalidad facilitar las relaciones entre el padre y el menor que se encontraban separados, con el fin de permitir el desarrollo afectivo del niño. Aplicando estos criterios a las circunstancias del caso, el Juzgado de Primera instancia se pronunció como sigue: «no es posible admitir la totalidad de las pretensiones planteadas en la demanda, debido al conjunto de pruebas existentes, principalmente, el informe pericial psicológico redactado por la señora V. Ésta, tras haber realizado un análisis profundo de la situación familiar y de cada miembro de la familia, concluyó afirmando que [P. V.] sufría una inestabilidad emocional que impedía establecer un régimen de visitas ordinario. Sin embargo, considera conveniente mantener el contacto entre el padre y el hijo mediante un régimen de visitas progresivo en el Punto de encuentro de la ciudad hasta que [P. V.] se someta a la operación y se encuentre en plenas facultades físicas y psicológicas con la disponibilidad y estabilidad que requiere el menor. (...) Contrariamente a lo que interpretó la parte demandante, no se trata de impedir al padre que tenga una relación con su hijo debido a su transexualidad, ni de discriminarle por este motivo, ni de impedirle que ejerza sus derechos y deberes en tanto que padre. Se trata en este caso de encontrar la solución más apropiada a los intereses del

JURISPRUDENCIA • TEDH

menor, la que le permita adaptarse a las nuevas circunstancias familiares. [P. V.] se encuentra en una etapa de su vida plena de cambios muy importantes a los que él mismo tiene que hacer frente con ayuda profesional. Hace solo unos meses que inició el proceso de cambio de sexo que implica profundas modificaciones en todos los aspectos de su vida y de su personalidad, lo que, de manera lógica y comprensible, supone la inestabilidad emocional detectada por la psicóloga en su informe en el que concluyó: “en este momento, no se considera conveniente que [P. V.] tenga un amplio régimen de visitas con el menor, debido a su inestabilidad emocional y no a la transexualidad en sí misma”. Es por este motivo que es conveniente un régimen de visitas restrictivo, ya que la inestabilidad [de P. V.] no debe ser transmitida al menor, que se siente confuso frente a la nueva apariencia de su padre. Hablamos de un niño de seis años que todavía no tiene la capacidad necesaria para comprender los cambios experimentados por su progenitor».

10. En el fallo de la Sentencia, el Juez fijó el régimen de visitas propuesto por el psicólogo en su informe. Este régimen permitía a la demandante ver a su hijo un sábado de cada dos, entre las 17 horas y las 20 en el Punto de encuentro de Lugo, bajo vigilancia de profesionales y en presencia de la madre hasta el momento en que los profesionales consideraran que esta presencia no era necesaria. Por otro lado, el Juez ordenó al Punto de encuentro que le entregara un informe cada dos meses para seguir la evolución de las visitas.

11. La demandante recurrió en apelación. Por Sentencia de 19 mayo 2005, la Audiencia Provincial de Lugo confirmó la decisión adoptada. Consideró que el medio de prueba analizado en apelación por iniciativa de la demandante a saber, el informe pericial del psicólogo que le trató su alteración en la identidad sexual, confirmaba el criterio pertinente de la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial consideró que era deseable mantener el sistema de control de visitas en el Punto de encuentro y los informes bimensuales. Un régimen de visitas ordinario podía poner en peligro el equilibrio emocional del niño, que debía habituarse progresivamente a la decisión de cambio de sexo tomada por su progenitor, lo que el menor estaba tratando de asumir de facto, puesto que su relación afectiva era buena.

12. Teniendo en cuenta que la demandante recurrió el informe psicológico de la primera instancia, la Audiencia Provincial consideró que esta prueba no podía ser valorada. Este informe era el único que evaluaba tanto al menor como a la madre y las partes se habían sometido voluntariamente a la evaluación psicológica. Por otro lado, la Audiencia Provincial señaló que la demandante no podía quejarse en apelación del hecho de que el psicólogo no estuviera especializado en psicología clínica, ya que tuvo conocimiento de su nombramiento y no recurrió en tiempo útil.

13. Invocando el artículo 14 del Convenio (prohibición de discriminación), la demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El Ministerio Fiscal solicitó en su escrito la concesión del amparo a la demandante y la madre del menor se opuso. Por Sentencia de 22 diciembre 2008, el Tribunal desestimó el recurso.

14. El Tribunal Constitucional señaló, que según los documentos que figuran en el sumario del proceso, poco después de interponer el recurso de amparo la demandante solicitó la ampliación del régimen de visitas. Por decisión de 1 febrero 2006, el Juzgado de Primera instancia acordó la ampliación en las condiciones sugeridas por los responsables del Punto de encuentro, con el acuerdo previo de la madre y del Ministerio Fiscal. Esta ampliación del régimen permitiría a la demandante ver a su hijo un domingo de cada dos, entre las 12 horas y las 19 en el Punto de encuentro. Posteriormente, el 9 de noviembre de 2006, los responsables del centro informaron al Juez de su decisión de ampliar las visitas controladas a un sábado y un domingo de cada dos, entre las 11 h 30 y las 20 horas y entre las 11 h 30 y las 19 horas, respectivamente.

15. El Tribunal Constitucional recordó su jurisprudencia conforme a la cual la lista de criterios de discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución española no era exhaustiva. Al respecto, señaló que aunque la transexualidad no se mencionaba expresamente en el artículo 14, indudablemente estaba incluida en la cláusula final «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

16. Además, el Tribunal recordó que en materia de relaciones paterno-filiales, el criterio que debe ser admitido por los Jueces para adoptar decisiones era el del interés superior del menor, sobre el interés de los progenitores. Examinando las decisiones judiciales recurridas por la demandante en su recurso de amparo, el Tribunal Constitucional se pronunció como sigue: «No es, en definitiva, la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las Sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra. Ciertamente no basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paternofiliales de éste como la aquí considerada. Lo determinante, en todo caso, será la efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor. Desde luego, un menor no tiene, ni moral ni jurídicamente, el deber de soportar un trato inadecuado y perturbador de sus padres por razón de los problemas per-

JURISPRUDENCIA • TEDH

sonales que éstos padezcan, sean cuales fueren, incluyendo los derivados de una decisión libre de uno de los progenitores de someterse a un proceso de reasignación de sexo. De verificarse tal repercusión negativa para el desarrollo personal del niño habría que adoptar efectivamente las medidas necesarias para evitarla, pero sólo en ese caso. Pues bien, en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las Sentencias impugnadas en amparo como “riesgo relevante” (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ. 4; y 71/2004, de 19 de abril, FJ. 8) para el menor, lo que permite descartar, como ya hemos señalado, que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas de aquél. En efecto, los razonamientos de las Sentencias evidencian que, partiendo de una valoración motivada y razonable de las pruebas practicadas en el proceso, en especial de la pericial psicológica (valoración que no le corresponde a este Tribunal revisar, conforme a consolidada doctrina: SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ. 3; 220/2001, de 5 de noviembre, FJ. 3; 57/2002, de 11 de marzo, FJ. 2; 119/2003, de 16 de junio, FJ. 2; y 159/2004, de 4 de octubre, FJ. 9, por todas), los órganos judiciales han justificado la necesidad y proporcionalidad de la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente, al apreciar la existencia de un riesgo cierto (y mientras que éste subsista) de que, dado el trastorno emocional coyuntural que sufre en el presente caso el recurrente, según el resultado de la evaluación psicológica realizada a instancias del órgano judicial, pudieran llegar a producirse perjuicios para la integridad psíquica o el desarrollo de la personalidad del menor si se mantuviese el régimen de visitas originario. En suma, los razonamientos de las Sentencias impugnadas permiten llegar a la conclusión de que la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente acordado inicialmente ha sido adoptada por los órganos judiciales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, por un supuesto perjuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre, lo que determina que debamos descartar que las Sentencias impugnadas hayan dispensado al recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones paternofiliales proscrito por el art. 14 CE».

II. La legislación interna aplicable

17. La Constitución española:

Artículo 14: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Artículo 18: «1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

18. El Código Civil

Artículo 94: «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

Fundamentos de derecho

I. Sobre la violación del artículo 8 del convenio, en relación con el artículo 14

19. La demandante alega haber sufrido un trato discriminatorio basado en su transexualidad que vulneró su derecho al respeto de su vida privada y familiar. Invoca el artículo 8 del Convenio en relación con el 14, que se leen como sigue:

Artículo 8: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Artículo 14: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

20. El Gobierno se opone a esta tesis.

A. Sobre la admisión

21 El Tribunal constata que la demanda no carece manifiestamente de fundamento en el sentido del artículo 35.3 del Convenio. Por otro lado, afirma que no presentaba ningún otro motivo de inadmisión y, por tanto, conviene declararla admisible.

B. Sobre el fondo

22. La demandante se queja de que su condición de transexual tuvo un peso determinante en la decisión de limitar el régimen de visitas ordinario fijado en el convenio regulador de la separación. Considera que los Tribunales españoles no actuaron tomando en consideración el interés superior del menor. Afirma que utilizaron el interés del menor como subterfugio jurídico para imponer un régimen de visitas restrictivo debido a su transexualidad. Considera que la restricción de sus derechos de visita se basó en un prejuicio social que asociaba a la transexualidad una inestabilidad emocional y la incapacidad para ejercer con diligencia sus derechos y sus obli-

JURISPRUDENCIA • TEDH

gaciones como progenitor de su hijo. Por otro lado, se queja de que la psicóloga que redactó el informe pericial no estaba especializada en psicología clínica.

23. El Gobierno considera, en cambio, que la condición de transexual de la demandante no fue el motivo de la restricción del régimen de visitas inicialmente acordado. Considera que los tribunales españoles tomaron en consideración la existencia de un riesgo que podía perjudicar la integridad psíquica y el desarrollo de la personalidad del menor, debido a la inestabilidad emocional detectada en la demandante por el informe psicológico.

24. El Gobierno señala que en materia del régimen de visita, los Estados Contratantes disponen de cierto margen de apreciación y que el examen de lo más conveniente para el interés del menor tiene una importancia crucial. En este caso, considera que las jurisdicciones españolas, en el marco de este margen de apreciación que corresponde al Estado, tuvieron en cuenta el interés del menor y adoptaron un régimen de visitas flexible, revisable y adaptable a la situación del menor. Por otro lado, señala que dicho régimen fue adoptado en el marco de un proceso de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de separación en la que habían sido solicitadas la privación del ejercicio de la patria potestad y la suspensión del derecho de visita de la demandante.

25. El Gobierno considera que la motivación de las decisiones judiciales, basada en el interés del menor, permite concluir con la no violación del artículo 8 del Convenio en relación con el artículo 14.

26. El Tribunal recuerda que en el goce de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio, el artículo 14 prohíbe tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a las personas en situaciones comparables (ver Sentencias Hoffmann contra Austria, 23 junio 1993, § 31, serie A núm. 255-C, y Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal, núm. 33290/1996, § 26, CEDH 1999-IX).

27. Conviene determinar si la demandante puede quejarse de dicha diferencia de trato y, en caso afirmativo, si ésta está justificada.

28. El Tribunal observa que la transexualidad de la demandante está en el origen de la demanda de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de separación legal solicitada por su ex esposa. En efecto, ésta presentó una demanda debido al tratamiento de cambio de sexo al que se sometió la demandante. En todas las decisiones judiciales adoptadas durante el proceso hay referencias a la condición de transexual de la demandante. Por otro lado, el Tribunal afirma que las jurisdicciones españolas adoptaron un régimen de visitas diferente, cuando tuvieron conocimiento de la disforia sexual de la demanda. Señala que este nuevo régimen de visitas era menos favorable a la demandante que el régimen inicialmente acordado por el matrimo-

nio en el convenio regulador ratificado por la sentencia de separación legal.

29. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue una finalidad legítima o si no existe «vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (ver, entre otras, Sentencias Karlheinz Schmidt contra Alemania, 18 julio 1994, § 24, serie A núm. 291-B, Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal, previamente citada, § 29, y Fretté contra Francia, núm. 36515/1997, § 39, CEDH 2002-I). Cuando está en juego la orientación sexual, es necesario que haya razones importantes y convincentes para justificar una diferencia de trato tratándose de derechos amparados por el artículo 8 (ver, *mutatis mutandis*, Smith y Grady contra Reino Unido, núms. 33985/1996 y 33986/1996, § 89, CEDH 1999-VI y E. B. contra Francia, núm. 43546/2002, § 91, CEDH 2008).

30. En este caso, el Tribunal señala, que lo que está en juego en este asunto no es una cuestión de orientación sexual, sino de disforia de género. Considera, en cambio, que la transexualidad es una noción que está amparada, sin duda alguna, por el artículo 14 del Convenio. El Tribunal recuerda al respecto que la lista que figura en esta disposición reviste un carácter indicativo, y no limitativo, como testimonia el adverbio «especialmente» (en inglés «any ground such as») (Engel y otros contra Países Bajos, 8 junio 1976, § 72, serie A núm. 22).

31. La cuestión que se plantea en este caso es si la decisión de limitar el régimen de visitas inicialmente adoptado fue determinado por la transexualidad de la demandante, implicando así un trato que podría ser considerado como discriminatorio en tanto que derivado de su disforia de género.

32. El Tribunal constata que las jurisdicciones españolas insistieron en sus decisiones sobre el hecho de que la transexualidad de la demandante no era el motivo de la restricción del régimen de visitas inicial. Tuvieron en consideración la inestabilidad emocional de la demandante constatada por el informe psicológico y el riesgo de transmitir esta inestabilidad al menor, perturbando así su equilibrio psicológico. El Tribunal Constitucional precisó que la simple existencia de una alteración emocional de la demandante no bastaba para justificar la restricción de visitas. Señala que el motivo determinante para restringir el régimen de visitas fue la existencia de un riesgo que podía perjudicar la integridad física y el desarrollo de la personalidad del menor, teniendo en cuenta la edad y la etapa evolutiva en la que se encontraba.

33. En lo que concierne a la inestabilidad emocional de la demandante, el Tribunal señala que fue constatada por una psicóloga en un informe pericial redactado a

JURISPRUDENCIA • TEDH

solicitud del Juzgado de Primera instancia. La demandante se sometió voluntariamente a la valoración psicológica, como constató la Audiencia Provincial en apelación y no fue recurrida en plazo el hecho de que la psicóloga no estuviera especializada en psicología clínica. Además, el Tribunal señala que la demandante tuvo ocasión de recurrir el informe psicológico en la vista pública y que en apelación, propuso un nuevo peritaje que fue examinado por la Audiencia Provincial.

34. El Tribunal señala, además, que el Juzgado de Primera instancia no privó a la demandante del ejercicio de la patria potestad y no suspendió su derecho de visita, como había solicitado la madre. Siguiendo las recomendaciones de la psicóloga, que estimó conveniente mantener el contacto entre el padre y el hijo, adoptó un sistema de control de visitas en un Punto de encuentro, ordenando a este último que le entregara un informe cada dos meses para seguir la evaluación de las visitas. Conforme a este régimen de visitas, la demandante podía ver a su hijo cada dos sábados durante tres horas en el Punto de encuentro, vigilada por profesionales.

35. Posteriormente, las visitas fueron ampliadas, como constató el Tribunal Constitucional en su sentencia. En febrero de 2006, tras una demanda de la recurrente, el Juzgado de Primera instancia aumentó a cinco horas la duración de las visitas bisemanales, siguiendo las sugerencias de los responsables del centro. En noviembre de 2006, las visitas vigiladas fueron ampliadas a dos días, un sábado y un domingo cada dos, entre las 11 h 30 y 20 horas y entre las 11 h 30 y 19 horas, respectivamente.

36. En opinión del Tribunal, el razonamiento de las decisiones judiciales da lugar a pensar que la transexualidad de la demandante no fue un motivo determinante en la decisión de modificar el régimen de visitas inicial. Fue el interés superior del menor el que primó en la adopción de la decisión. El Tribunal señala al respecto la diferencia existente entre los hechos del caso y los del asunto Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal citada, en la que la orientación sexual del demandante tuvo un peso determinante en la decisión de privarle del ejercicio de la patria potestad. En este caso, teniendo en cuenta la inestabilidad emocional coyuntural detectada en la demandante, los tribunales españoles otorgaron más importancia al interés del menor adoptando un régimen de visitas más restrictivo, permitiéndole habituarse progresivamente al cambio de sexo de su progenitor. Esta conclusión se vio reforzada por el hecho de que el régimen de visitas fue ampliado, manteniéndose la condición sexual de la demandante.

37. En vista de lo que antecede, el Tribunal considera que la restricción del régimen de visitas no fue el resultado de una discriminación basada en la transexualidad de la demandante. No ha habido, por tanto, violación del artículo 8 del Convenio en relación con el artículo 14.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1º Declara, la demanda admisible;

2º Declara, que ha habido violación del artículo 8 del Convenio en relación con el artículo 14.

Hecha en francés, y notificada por escrito el 30 de noviembre de 2010, en aplicación de los artículos 77.2 y 77.3 del Reglamento. Firmado: J. Casadevall, Presidente- Z, Secretario.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30 noviembre 2010 (asunto 35159/09, P.V. contra España). Transexualidad y régimen de visitas hijo: no discriminación por parte de España

En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de Noviembre de 2010, dictada en el procedimiento de una persona transexual contra el Reino de España, se inadmite su demanda formulada por violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 del mismo texto normativo.

La demandante había contraído matrimonio antes de su operación de cambio de sexo, y había tenido un hijo sobre el que tras la separación se pactó de mutuo acuerdo que la guarda y custodia del niño fue atribuida a la madre y la patria potestad compartida a los dos padres, fijándose un régimen de visitas a favor del padre, con quien el hijo pasaría un fin de semana de cada dos y la mitad de las vacaciones escolares. En 2004, su ex esposa solicitó una modificación de las medidas, con la privación del ejercicio de la patria potestad y la privación del régimen de visitas, argumentando que su ex esposo estaba sometido a un tratamiento hormonal para cambio de sexo, que vestía ropas de mujer y se maquillaba. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la solicitud de la privación de la patria potestad y estimó la restricción del régimen de visitas, en interés del menor. Para ello se basó en el informe del psicólogo que considero que el menor podía quedar impresionado con los cambios en el aspecto físico del padre, y era conveniente que su integración en esa nueva situación fuera progresiva, habida cuenta la edad de seis años del niño. El nuevo régimen de visitas se limitó a una en un punto de encuentro familiar, de dos horas de duración, cada dos sábados y en presencia de la madre. Ese régimen comprendía un aumento progresivo del tiempo de visitas en función de la integración que se había venido cumpliendo.

Las sucesivas instancias judiciales confirmaron esas medidas, incluido el Tribunal Constitucional, que desestimó el amparo solicitado por entender justificada la decisión judicial dictada teniendo en cuenta el interés del menor.

JURISPRUDENCIA • TJUE

La demandante considera que estas medidas se han adoptado por discriminación en razón de su orientación sexual y como consecuencia directa de su cambio de sexo. Ahora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos razona, sobre todo, sobre la base de la proporcionalidad de las medidas adoptadas por los Tribunales españoles. En primer lugar, es relevante para el Tribunal Europeo que no se haya accedido a la privación de la patria potestad solicitada por la ex esposa: de esa decisión se infiere que no ha habido medidas discriminatorias injustificadas como habría sido ésta, sino medidas proporcionadas y justificadas en interés del menor. La disminución del tiempo en el régimen de visitas se basa en los informes del psicólogo que muestran la necesidad de una adaptación progresiva del menor a la apariencia física de su padre y, en ningún caso, a la disforia de género. Ese régimen de visitas se prevé de progresiva ampliación en el tiempo, y se ha venido cumpliendo de la forma preestablecida.

Es difícil en un caso tan peculiar como éste, poder discernir entre la verdadera necesidad del niño de entender progresivamente los cambios físicos de su padre, y la posibilidad de que los tribunales se hayan visto sometidos

a los prejuicios sociales que todavía genera la transexualidad, dado que en este caso concreto la edad del niño es justamente la de conformación de su propia personalidad. Ciertamente hay, tanto en la sentencia del Tribunal Constitucional, como en la que ahora analizamos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un intento deliberado de reafirmar una posición propia de alejamiento de esos prejuicios sociales y de acercamiento a factores más específicos como el interés del menor. Lo que no se entiende tanto es, sin embargo, la constante afirmación de que el niño ha de ser de alguna manera resocializado en los valores resultantes de esta orientación sexual del padre, como si estuviéramos en un momento histórico en el que se impusiera ya la aceptación social de la diferencia.

La nueva Ley de Igualdad de Trato, que se encuentra en este momento en fase de anteproyecto, intenta una específica y completa regulación de estas nuevas situaciones sociales, pero probablemente tampoco pueda avanzar más en situaciones tan concretas como la que este caso presenta. (María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (SALA PRIMERA) DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2010. COMENTARIO “UNA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA ENTRE LA CONCILIACIÓN Y LA CORRESPONSABILIDAD”

1. Contexto normativo. 1.1. El Acuerdo de los interlocutores sociales. 1.2. La Directiva 96/34/CE del Consejo. 1.3. Informe sobre la transposición de la Directiva 96/34/CE del Consejo. 1.4. La revisión del Acuerdo marco y la Directiva 2010/18/UE del Consejo. 1.5. Contexto procesal. 2. El análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia. 2.1. Titulares del derecho individual al permiso parental. 2.2. El objeto del derecho individual al permiso parental. 2.3 Incidencia del principio de igualdad de trato en el caso de progenitores en supuestos de parto múltiple. 3. Conclusiones.

Con fecha 16 de septiembre de 2010 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) ha dictado una Sentencia (en adelante STJUE), enmarcada en la genérica materia “política social”, a través de la cual resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior Contencioso-administrativo de Salónica, donde ofrece criterios de interpretación acerca de quiénes son beneficiarios del derecho al permiso parental, en primer lugar, y cómo afecta el nacimiento de gemelos a este permiso parental, en segundo lugar. Estas cuestiones tienen su origen en un proceso entablado por una funcionaria de la administración tributaria griega, que dio a luz a gemelos, frente al Ministerio de Economía de su Estado, ante la denegación del segundo permiso paren-

tal solicitado por ella, ya en el año 2009, relacionado con ese nacimiento sucedido en el año 2007. Interesa destacar el contexto normativo, institucional y procesal de la sentencia debido a la diversidad y complejidad de elementos que confluyen en ella.

1. Contexto normativo

1.1. El Acuerdo de los interlocutores sociales

En primer lugar, hay que señalar que el permiso parental en la normativa de la Unión Europea procede del Acuerdo marco celebrado el día 14 de diciembre de 1995 entre tres cualificados interlocutores sociales de carácter general existentes en Europa, con el objetivo de establecer disposiciones mínimas sobre el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor, al entender que ambas son un medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres¹⁰⁵. Aquí ya es obligado hacer una precisión puesto que si estos son los dos contenidos del Acuerdo marco –el permiso parental y la regulación de las ausencias del trabajo por fuerza mayor-, no es adecuado denominarlo solamente -como hace la propia Directiva que lo aplica, tanto en su denominación oficial, como en su artículo 1 y en la rúbrica que da al Anexo que lo incorpora-, “Acuerdo marco sobre el permiso parental”, al igual que

JURISPRUDENCIA • TJUE

tampoco lo es referirse a la Directiva como la “Directiva sobre el permiso parental”: esto es particularmente importante porque se pueden hacer caer en el olvido las medidas dirigidas a que también los hombres se impliquen en esa segunda dimensión del Acuerdo marco, que se desprende claramente tanto del Preámbulo del mismo, como de sus Consideraciones generales –especialmente en su punto 9- y de su Cláusula 1. Es cierto que alguna expresión del Preámbulo del Acuerdo, concretamente “como medio importante”, de alguna manera puede contribuir a esta reducción, pero una interpretación más coherente del mismo con su dimensión teleológica, remite esa expresión al compromiso adoptado y no a sus contenidos.

También resulta obligado detenerse brevemente en la estructura del Acuerdo, organizado en “Preámbulo”, “Consideraciones generales” y “Contenido”. El primero de ellos destaca por su claridad y concisión, salvando lo que se acaba de indicar, en cuanto establece claramente los instrumentos del Acuerdo, las finalidades de dichos instrumentos y, por último, la solicitud de convertirlo en norma jurídica, determinando su ámbito territorial de aplicación¹⁰⁶. La parte denominada “Consideraciones generales” aporta el marco normativo y político de diferente naturaleza¹⁰⁷ que ha llevado a optar por concluir un proceso de este tipo –negociación de interlocutores sociales y posterior plasmación normativa de sus resultados- como el modo más eficaz de avanzar en la conciliación de la vida profesional y familiar, debiendo señalarse especialmente cómo se apunta a la corresponsabilidad en la asunción de las responsabilidades familiares¹⁰⁸. Finalmente, la parte dispositiva se denomina “Contenido” y se articula en cuatro cláusulas: la relativa al objeto y ámbito de aplicación, la correspondiente al permiso parental, la que trata la ausencia del trabajo por

motivos de fuerza mayor y, por último, la relativa a las disposiciones comunes. Es importante indicar que ahí queda patente cómo el contenido del Acuerdo marco - establecer “disposiciones mínimas cuyo objetivo es facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan”-, comprende no sólo el permiso parental. Entre estas disposiciones finales, resulta conveniente detenerse sobre la presunción de las partes firmantes acerca de la duración del Acuerdo, ya que se obligaban a revisarlo a los cinco años de la decisión del Consejo a que dará lugar el mismo, si una de las partes lo solicita¹⁰⁹: de este modo, se abriría la posibilidad de una vigencia más extensa, como efectivamente así ha sucedido¹¹⁰.

1.2. La Directiva 96/34/CE del Consejo

De acuerdo con las previsiones normativas existentes entonces en el Derecho Comunitario, esas organizaciones interprofesionales solicitaron la aplicación vinculante del acuerdo que habían adoptado a los Estados miembros mediante una decisión normativa del Consejo que, en este caso, se formalizó en la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996¹¹¹. El sustento normativo de la actuación del Consejo se encuentra en el artículo 4.2 del Acuerdo sobre la política social y la correspondiente iniciativa normativa de la Comisión¹¹².

El sustrato político de la norma se diversificaba ya que partiendo del punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores - que recoge la conveniencia de arbitrar medidas que permitan a hombres y mujeres “compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”-, el Consejo no consiguió el acuerdo definitivo sobre una propuesta de directiva relativa a los permisos parentales y a los permisos por motivos familiares. Posteriormente sí logró la Comisión, en el ejercicio de las funciones a ella

¹⁰⁵ Las citadas organizaciones interprofesionales, identificadas en el Acuerdo y en la Directiva únicamente por sus siglas, lo que demuestra una mejorable técnica normativa, son la UNICE, el CEEP y la CES. Son, respectivamente y según el Glosario de la *Síntesis de la legislación de la UE*, la Unión de Industrias de la Comunidad Europea (Unión de Confederaciones de Industria y de los Empresarios de Europa en la Opinión de la Abogada General presentada en el procedimiento que ha dado lugar a esta sentencia), el Centro Europeo de Empresas Públicas y de Servicios Públicos (Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General) y la Confederación Europea de Sindicatos.¹⁰⁶ “Todos los Estados miembros de la Comunidad Europea, con excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”.

¹⁰⁷ De él forman parte “el Acuerdo sobre la política social, anejo al Protocolo sobre la política social, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, particularmente los artículos 3.4 y 4.2; el anuncio por la Comisión de proponer una medida comunitaria sobre la conciliación de la vida profesional y familiar; el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y la Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994.

¹⁰⁸ Tal como indica el punto 8 de estas Consideraciones generales “debe animarse a los hombres a asumir una parte igual de las responsabilidades familiares, por ejemplo, solicitando un permiso parental mediante programas de sensibilización”. A la superación del concepto de conciliación por el de corresponsabilidad, creo que apunta en una de las primeras referencias al Acuerdo marco revisado de 2009 y la Directiva que lo aplica, M^a. M. Navas Sánchez, “La igualdad de género en la Unión Europea: comentario al Informe 2010 de la Comisión Europea sobre la igualdad entre mujeres y hombres”, en *Artículo 14, Una perspectiva de género*, núm. 33, mayo de 2010, pp. 20-3 (http://www.juntadeandalucia.es/iam/IMG/pdf/ARTICULO_14n33-2.pdf).

¹⁰⁹ No debe extrañar la convicción de la conversión en norma de este Acuerdo, por cuanto en el punto 2 de las “Consideraciones generales” se señalaba que “el apartado 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la política social prevé que los acuerdos concluidos a nivel comunitario se apliquen, a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión”.

¹¹⁰ De hecho ha tenido una duración de casi catorce años, pues ha sido sustituido por el suscrito el día 18 de junio de 2009.

¹¹¹ DOCE n^o L 145, de 19.6.1996. Inicialmente no se aplicaba al Reino Unido, pero al año siguiente se modificó con objeto de incluir a este estado en su ámbito de aplicación: se hizo mediante la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DOCE L 10, de 16.1.1998).

¹¹² El Acuerdo sobre la política social fue celebrado por once de los entonces doce Estados miembros de la Comunidad Europea (el único que en un primer momento no lo suscribió fue el Reino Unido), con objeto de aplicar la Carta Social de 1989: se encontraba anejo al Protocolo n^o 14 sobre la política social, anejo –a su vez- al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. De acuerdo con lo previsto en el precepto citado en el texto, los interlocutores sociales podían “pedir conjuntamente la aplicación de los acuerdos a nivel comunitario mediante una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión”.

JURISPRUDENCIA • TJUE

atribuidas por el mencionado Acuerdo sobre la política social, interesar a los interlocutores sociales sobre la oportunidad de adoptar una medida dirigida a ayudar a la conciliación de la vida familiar y profesional y, además, se debe tener en cuenta que el acuerdo de los citados interlocutores se produjo rápidamente: todo ello evidenciaba una convergencia social respecto al tema suscitado, así como también una sintonía institucional sobre el mismo, ya que los Estados miembros y las instituciones comunitarias se encontraban de acuerdo con la oportunidad de aprobar estas medidas y también sobre la necesidad de tener en cuenta las diversas situaciones existentes en esos Estados acerca de la política familiar. Este punto tuvo su importancia a la hora de elegir el tipo de norma que se utilizaría para articular estas coincidencias, decantándose por una directiva, ya que obligaría a los Estados miembros en cuanto al resultado a conseguir, dejándoles -sin embargo- la elección de la forma y de los medios para hacerlo, lo que volvía a permitir el diálogo de los interlocutores sociales, ahora en el interior de los distintos Estados para trasladar esa directiva a los respectivos ordenamientos, así como el respeto al desarrollo de los derechos fundamentales propio de cada ordenamiento constitucional. Como también se había constatado que no supondría una cobertura para reducir el nivel de protección de los trabajadores, se combinan acertadamente razones de carácter material y formal acerca del modo de abordar la cuestión.

La parte dispositiva de la Directiva 96/34/CE del Consejo es sencilla: determinación de su objeto -aplicar el Acuerdo marco- y de la fecha máxima de transposición -fijada para el día 3 de junio de 1998 aunque existía la posibilidad de ampliarla en un año, a tenor de circunstancias particulares o si se iba a aplicar a través de convenios colectivos-, así como recepción de la obligación de comunicar a la Comisión e indicar en la normativa de desarrollo las pertinentes referencias a la Directiva¹¹³.

Dada la relación Directiva y Acuerdo marco es bastante útil para hacerse una composición del estado de la cuestión consultar la página web, dentro del portal de la Unión Europea, “*Síntesis de la legislación de la UE*”, que explica lo relativo a este acto normativo, debiendo destacarse cómo su título –“Permisos parentales y por razones familiares”- no se ciñe únicamente al permiso parental¹¹⁴.

1.3. Informe sobre la transposición de la Directiva 96/34/CE del Consejo

Existe un Informe de la Comisión sobre el grado de cumplimiento de la Directiva emitido en el año 2003, que refleja la situación existente en los Estados miembros a noviembre de 2002¹¹⁵. Si bien no ha sido mencionado en las actuaciones jurisdiccionales aquí tratadas, debe ser tenido en cuenta para analizar la situación de hecho que da origen a la Sentencia del Tribunal de Justicia.

Constata la Comisión, respecto a la totalidad de los Estados miembros, que las disposiciones del Acuerdo marco anexas a la Directiva y aplicadas por ella

“se aplican a todos los trabajadores, del sector público y del privado, hombres y mujeres, que poseen un contrato o una situación laboral tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro (apartado 2 de la cláusula 1). Evidentemente, los trabajadores del sector público están amparados por el Acuerdo marco”¹¹⁶.

Se indica también, en el apartado del Informe dedicado al ámbito de aplicación, que se había abierto procedimiento de infracción a Grecia porque los trabajadores del sector marítimo se encontraban excluidos del permiso parental y se habían adoptado medidas para corregir esa situación¹¹⁷. Finalmente, al analizarse las medidas de aplicación de la Directiva existentes en Grecia, se advierten expresamente problemas interpretativos acerca de las mismas, ya que aparecen deficiencias en la regulación de los materias previstas en la norma comunitaria en relación con los empleados públicos¹¹⁸.

1.4. La revisión del Acuerdo marco y la Directiva 2010/18/UE del Consejo

Durante los años 2006 y 2007 la Comisión efectuó nuevas consultas con los interlocutores sociales con objeto de profundizar en la conciliación -ahora más precisa técnicamente- de la vida profesional, privada y familiar, especialmente en la legislación relativa a la protección de la maternidad y el permiso parental y en “la posibilidad de introducir nuevos tipos de permisos familiares, tales como los permisos de paternidad, de adopción y para el cuidado de familiares”¹¹⁹. Retomando el esquema de trabajo que dio lugar al Acuerdo marco de 1995, cuatro organizaciones europeas anunciaron a la mencionada institución el inicio de negociaciones en el año 2008

¹¹³ Como hace en España la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Boletín Oficial del Estado núm. 266, de 6 de noviembre de 1999), que lo señala en el párrafo quinto de su Exposición de Motivos. Su consulta se ha hecho a través del *Código de la Mujer. Legislación sobre Igualdad de Género en Andalucía*, Antonio Javier Trujillo Pérez y María Dolores Cabello Fernández, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2009 (<http://www.juntadeandalucia.es/iam/-Codigo-de-la-Mujer.html>).

¹¹⁴ Dentro del sitio web mencionado, situado en http://europa.eu/legislation_summaries/index_es.htm, se trata en el campo temático dedicado a “Derechos y organización del trabajo”

(http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/index_es.htm), siendo su dirección concreta http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10911_es.htm.

¹¹⁵ Cfr. Introducción *in fine*. El Informe se envió al Consejo con fecha 19 de junio de 2003, recibe la referencia *COM/2003/0358 final*, no ha sido publicado en el Diario Oficial y puede ser consultado en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0358:ES:NOT>.

¹¹⁶ Apartado II del Informe.

¹¹⁷ En concreto, al momento de emitir el Informe, Grecia había comunicado que se preveía “conceder el derecho al permiso parental a los trabajadores del sector marítimo y a los jueces”.

JURISPRUDENCIA • TJUE

para revisar el citado Acuerdo, que han fructificado en el Acuerdo marco revisado suscrito el día 18 de junio de 2009, solicitando nuevamente al Consejo la adopción de una propuesta de decisión para que lo “haga vinculante en los Estados miembros de la Unión Europea”¹²⁰: esto ha conducido a la promulgación de una nueva Directiva que deroga a la 96/34/CE del Consejo. Ambos textos - Acuerdo marco revisado y Directiva- abordan cuestiones similares a las tratadas en los respectivos textos anteriores, pero también presentan notables diferencias y contienen temas nuevos, estando fijado el plazo máximo de transposición para el día 8 de marzo de 2012, pudiendo adicionarse un año en algunas circunstancias¹²¹.

1.5. Contexto procesal

En el contexto procesal en que se ha dictado esta resolución jurisdiccional debe hacerse hincapié en varios aspectos: de un lado, la celeridad de las actuaciones -incluyendo en este caso la tramitación por el procedimiento específico para ello- y, de otro, el elevado número de actores que han intervenido en el proceso ante el TJUE. Respecto al primer punto, se constata que desde la suspensión del procedimiento judicial en Grecia hasta la celebración de la vista oral ante el Tribunal de Justicia no han transcurrido cinco meses¹²². Respecto al segundo punto, siete Estados miembros –uno de ellos Grecia-, más la Comisión Europea han presentado observaciones escritas y, a su vez, cinco de esos Estados y la Comisión también han formulado observaciones orales en la vista celebrada¹²³. Sin embargo, resulta llamativo que no han intervenido ni la solicitante del permiso parental, legitimada a tenor del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como tampoco el Consejo, institución que elaboró la Directiva.

Igualmente, debe señalarse la coincidencia de sexos de la Abogada General y de la ponente de la sentencia, siendo esta última la única mujer que forma parte de la Sala Primera. Este apunte sirve para poner de relieve la desigual

presencia de mujeres y hombres en la composición del Tribunal de Justicia, dado que sólo hay cinco mujeres de un total de 27 Jueces y tres Abogadas Generales de un total de 8, lo que resulta sorprendente por el contraste existente entre el impulso sobre la igualdad que realiza la Unión Europea y la actuación concreta de los Estados miembros a la hora de proveer la formación de este órgano jurisdiccional¹²⁴.

El procedimiento acelerado del artículo 23 *bis* del mencionado Estatuto permite reducir el plazo de dos meses para presentar las alegaciones y observaciones escritas hasta un mínimo de quince días, y se sigue a petición del órgano jurisdiccional nacional, a propuesta del Juez Ponente y oído el Abogado General, cuando lo decida excepcionalmente el Presidente del Tribunal de Justicia¹²⁵. La circunstancia que motiva la petición del órgano judicial de Grecia para solicitar el uso de este procedimiento se desprende de los datos aportados por la sentencia y la Opinión de la Abogada General. De ellas se deduce que el nacimiento de los gemelos de la funcionaria que solicitó el segundo permiso parental a que creía tener derecho, se produjo el día 21 de mayo de 2007 y, en la interpretación de ese órgano judicial sobre la legislación nacional aplicable, el permiso parental sólo puede disfrutarse hasta que el hijo cumpla cuatro años: esta razón y la duración del permiso, nueve meses, hacían que el uso del procedimiento ordinario pudiera impedir la posibilidad de disfrute del derecho¹²⁶.

Otro aspecto suscitado al hilo de este procedimiento ha sido el alcance de la competencia del Tribunal de Justicia respecto al Acuerdo marco, planteado por la representación procesal de uno de los Estados que presentaron alegaciones. La respuesta a este punto es aprovechada por el Tribunal para consolidar su doctrina acerca de que al haber sido incorporado el Acuerdo marco a una Directiva forma parte de esta y, por tanto, su competencia para interpretarlo no difiere de la que posee sobre dichas normas¹²⁷.

¹¹⁸ Respecto a la Ley n° 2639/1998 de 2 de Septiembre de 1998 aparece la siguiente observación: “El Ministerio de Trabajo no es responsable ni de los funcionarios ni de los trabajadores de las personas jurídicas sujetas al Derecho público, que representan una gran parte de los trabajadores en Grecia. En consecuencia, sólo poseemos una perspectiva parcial de la situación en Grecia, puesto que la legislación específica aplicable a estos trabajadores no se menciona. Esta observación es válida para toda la información relativa al trabajo y a la seguridad social en Grecia”.

¹¹⁹ Considerando (4) de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (Diario Oficial de la Unión Europea, L 68, 18.03.2010). Se trata de las mismas organizaciones de 1995 – BUSINESSEUROPE, Confederación de Empresas Europeas, ha sucedido a UNICE-, a la que se ha añadido la European Association of Craft, Small and Medium-Size Entreprises.

¹²⁰ Preámbulo del Acuerdo marco revisado de 18 de junio de 2009.

¹²¹ Una idea de conjunto sobre este material se puede obtener en *Síntesis de la legislación de la UE*

(http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/em0031_es.htm).

¹²² Por resolución de 17 de febrero de 2010 el órgano judicial suspendió el procedimiento y planteó las cuestiones, que fueron recibidas en el Tribunal de Justicia el día 29 de marzo. Por resolución de 12 de mayo, el Presidente del Tribunal de Justicia accedió a la solicitud del órgano jurisdiccional remitente que el asunto se tramitara por el procedimiento acelerado. La vista se celebró el día 7 de julio.

¹²³ Los datos sobre estas actuaciones procesales son más precisos en la Opinión de la Abogada General (apartado 15) que en la STJUE. La intervención de los Estados miembros, de la Comisión y de la institución que adopte el acto se encuentra en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut_2008-09-25_11-18-25_841.pdf).

¹²⁴ Sobre el número de Jueces las mujeres son el 18'5% y sobre el total de Abogados Generales se incrementan hasta el 37'5%. Dado que el Tribunal de Justicia “está compuesto por veintisiete Jueces y ocho Abogados Generales” (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#composition), la composición de esta institución es de 22'8% de mujeres y 77'1% de hombres, bastante alejada de los parámetros usuales de lo que se entiende por presencia equilibrada.

¹²⁵ Se regula este procedimiento en el artículo 104 *bis* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (se cita aquí por la versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea aunque no tenga valor jurídico, accesible desde el sitio web del Tribunal de Justicia en la dirección <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.es.pdf>). Se requiere que “las circunstancias que se invoquen acrediten que existe una urgencia extraordinaria en que se dé respuesta a la cuestión planteada con carácter prejudicial”.

JURISPRUDENCIA • TJUE

2. El análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia

El objeto de la cuestión prejudicial se centra en la interpretación del apartado 1 de la Cláusula 2 del Acuerdo marco que, incorporado a la Directiva 96/34 en su Anexo, indica lo siguiente:

“Cláusula 2: Permiso parental

1. En virtud del presente Acuerdo, y sin perjuicio de la cláusula 2.2, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales”¹²⁸.

La rúbrica dada por los interlocutores sociales a esta disposición –permiso parental– sirve para centrar la atención, por tanto, en el primero de los dos instrumentos que en este Acuerdo marco se contienen, dirigidos ambos –como ya se ha indicado– a facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los progenitores que trabajan.

Respecto a este permiso, el objeto del proceso judicial principal era combatir la denegación de un permiso parental adicional solicitado por el nacimiento de gemelos. El órgano judicial remitente indicaba también en su resolución de planteamiento que, ante la falta de previsión por la normativa de producción interna de los supuestos de parto múltiple, dos tribunales griegos sí habían resuelto que en caso de nacimiento de gemelos por cada hijo se había de conceder un permiso parental independiente, mientras el Consejo de Estado consideraba “que el embarazo múltiple de una funcionaria no genera derecho a tantos permisos parentales como hijos nazcan”¹²⁹. Además, para tener la completa perspectiva de este tema, conviene recordar lo indicado en el Informe de la Comisión sobre el grado de cumplimiento de la Directiva 96/34 por Grecia, referido con anterioridad. En realidad, ha de advertirse que estos supuestos de parto múltiple no habían sido tenidos en cuenta en la elaboración del Acuerdo marco, ni en la interpretación posterior de sus disposiciones, como reconoció la Comisión en el curso del procedimiento ante el Tribunal de Justicia¹³⁰.

Es muy destacable que el hecho normativo que realmente mueve al órgano judicial a plantear la cuestión prejudicial es la eficacia jurídica vinculante que, desde el día 1 de diciembre de 2009, posee la Carta de los

Derechos Fundamentales de la Unión Europea: esto ocurre porque, en el proceso interpretativo que realiza dicho órgano judicial, tres artículos de la Carta –los artículos 20, 21 y 24– modularían el entendimiento de la citada Cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco hasta considerar que “también genera paralelamente un derecho al permiso parental para el niño”, de forma que su limitación a uno en el caso de los partos múltiples supondría una discriminación por nacimiento y una vulneración del principio de proporcionalidad. También hay que hacer notar que, para ese órgano judicial, la interpretación de la palabra “nacimiento” como uno de los supuestos que dan lugar al derecho al permiso parental en la mencionada Cláusula podría llevar a admitir que por cada hijo que nace en los supuestos de parto múltiple, como ocurre cuando se trata de gemelos, surgiría el derecho a un permiso parental. Por último, si se considera que éste sólo surge en razón del nacimiento, independientemente del número de hijos que nazcan, podría existir una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley *ex* artículo 20 de la Carta.

Parte del interés de esta STJUE radica precisamente en este punto, puesto que es conocido que la Carta de los Derechos Fundamentales ha tenido bastante éxito en la argumentación jurídica de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y de la propia Unión Europea desde el momento de su primera proclamación, con anterioridad –por tanto– a su entrada en vigor con plenos efectos jurídicos, lo que sólo ha ocurrido a partir del inicio de la vigencia del Tratado de Lisboa. En este supuesto, sin embargo, se trata precisamente de una consecuencia de esos plenos efectos jurídicos como Derecho originario que posee actualmente dicha norma, lo que refuerza indudablemente su carácter constitucional.

2.1. Titulares del derecho individual al permiso parental

La primera cuestión prejudicial es la más rápidamente respondida por el Tribunal de Justicia y sobre ella existe unanimidad entre quienes han intervenido en el procedimiento. Los métodos de interpretación utilizados para resolverla son de índole literal, sistemática y teleológica: en todos los textos de referencia de la Unión Europea el permiso parental se configura como un derecho individual de los progenitores en razón a su condición de trabajadores y, de modo significativo, con independencia de que trabajen en el sector privado o público, como declara el Tribunal de Justicia al plantearse de

¹²⁶ A tenor del artículo 53.2 de la norma griega de referencia, el Código del Estatuto de los funcionarios de la Administración civil y de los empleados de las personas jurídicas de Derecho público (Ley 3528/2007), denominado “Facilidades concedidas a los funcionarios con obligaciones familiares”, “la jornada de trabajo de los funcionarios que tengan hijos se reducirá en dos horas diarias cuando los hijos tengan menos de dos años de edad y en una hora cuando los hijos tengan entre dos y cuatro años de edad. Los funcionarios que tengan hijos tendrán derecho a un permiso parental remunerado de nueve meses para cuidar de sus hijos, siempre que no opten por la jornada reducida a la que se refiere la frase anterior”. La solicitante había disfrutado del permiso remunerado de nueve meses por cuidado de hijos (permiso parental) a partir del día 20 de septiembre de 2007 y el día 30 de enero de 2009 solicitó la concesión de un permiso similar por el segundo hijo a partir del día 1 de marzo de 2009 (Opinión de la Abogada General apartados 9, 11 y 12).

¹²⁷ Cfr. STJUE apartado 25 y Sentencia de 16 de julio de 2009, en el asunto C-537/07, así como Opinión de la Abogada General apartados 18 y 19.

¹²⁸ El apartado 2 citado indica lo siguiente: “Para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes del presente Acuerdo consideran que el derecho de permiso parental previsto en la cláusula 2.1 debe concederse, en principio, de manera no transferible”.

¹²⁹ Cfr. Opinión de la Abogada General apartado 13 y STJUE apartado 19.

¹³⁰ Cfr. STJUE apartado 23.

JURISPRUDENCIA • TJUE

oficio si la condición de funcionaria de la litigante en el proceso principal la incluía o no en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco¹³¹. Además, la finalidad del permiso parental, tal como la expresa el Acuerdo marco, “facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan”, ha sido asumida por la propia Carta de los Derechos Fundamentales, que ubica sistemáticamente este derecho en el Título denominado “Solidaridad”, como uno de los derechos sociales fundamentales¹³².

Como el órgano judicial proponente de la cuestión entendía que la recepción que de los derechos de los menores hace el artículo 24 de la Carta -según el cual “tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar”- podría hacer surgir ese derecho al permiso parental, la sentencia debe ocuparse de responder a esta cuestión. Lo efectúa entendiendo que este derecho es correlativo al derecho y deber de garantizar la educación de los hijos y, en ese sentido, la mejor determinación del modo de cumplir las responsabilidades parentales corresponde a los padres, que pueden optar o no por recurrir a un permiso parental. Esta posición puede resultar llamativa porque introduce una disponibilidad sobre el permiso parental en unos momentos en los que precisamente, en aras de fomentar la corresponsabilidad de los hombres en el cuidado de los hijos, el Acuerdo marco revisado suscrito en 2009 configura ya una parte de los cuatro meses de duración mínima del mismo como totalmente intransferible: esto ha sido un paso más en esa dirección fortalecedora de la corresponsabilidad, debido a que si bien el Acuerdo marco de 1995 configuraba el permiso parental “en principio, de manera no intransferible”, la experiencia de su puesta en práctica había concluido que era usado mayoritariamente por mujeres¹³³.

2.2. El objeto del derecho individual al permiso parental

La segunda cuestión prejudicial se dirige a resolver si la Cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco puede interpretarse en el sentido de que el nacimiento de gemelos -esto es, uno de los supuestos de parto múltiple-, genera derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido. En este punto una interpretación literal de las previsiones normativas -como mantienen la solicitante del permiso parental en el proceso principal y tam-

bién las representaciones de dos de los Estados miembros que efectúan observaciones escritas-, supondría la atribución de un derecho al permiso parental diferente por cada uno de los hijos que nacen, individuando -así- el núcleo del derecho en el hijo y no en el nacimiento, posición que también comparte la Abogada General¹³⁴. Aunque el Tribunal de Justicia considera que esta interpretación literal no está exenta de dudas, sólo puede reconocer que la redacción de la citada disposición es ambigua y que, por sí sola, no ofrece una respuesta a lo planteado, lo que obliga a tener en cuenta la finalidad de la norma de la que esta disposición forma parte¹³⁵. Resulta, sin embargo, nuevamente llamativo que el Tribunal de Justicia considere sólo la finalidad del permiso parental cuando esta parte de la sentencia aparece con la rúbrica “Contexto y objetivos de la Directiva 96/34”, obviando que este permiso es uno de los dos instrumentos que el Acuerdo marco, primero, y la Directiva, después, introducen con objeto de facilitar la conciliación de la vida profesional y familiar de los trabajadores y promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres, como se ha indicado con anterioridad en este comentario. Es preciso indicar, además, que las observaciones realizadas por los representantes procesales de seis de los Estados miembros que intervienen en el procedimiento se centran en la finalidad del permiso parental, divergiendo en cuanto a ella, lo que subraya el carácter complejo de la cuestión abordada.

La argumentación proporcionada por el Tribunal de Justicia, tras haber indicado lo que se acaba de criticar, considera -más correctamente- que la norma cuya finalidad hay que poner de manifiesto no es el permiso parental sino el Acuerdo marco, cuya finalidad es establecer “mediante disposiciones mínimas, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres ofreciéndoles una posibilidad de conciliar sus responsabilidades profesionales y sus obligaciones familiares”. El problema está en que, anunciada esta perspectiva, la sentencia retorna a lo anterior para, alineándose con la posición de las representaciones procesales de cinco Estados, considerar que “el aumento de cargas a que deben hacer frente los progenitores de gemelos es de orden cuantitativo, en la

¹³¹ Cfr. STJUE apartados 27 a 30, especialmente el 28.

¹³² De acuerdo con el artículo 33, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho [...] a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”.

¹³³ Cfr. Cláusula 2, apartado 2 del Acuerdo marco de 1995 y Cláusula 2, apartado 2 del Acuerdo marco revisado en 2009, según la cual “el permiso tendrá una duración mínima de cuatro meses y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, concederse con carácter intransferible. Para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible. Las modalidades de aplicación del período intransferible se establecerán a nivel nacional por ley o convenios colectivos que tengan en cuenta las disposiciones sobre permisos vigentes en los Estados miembros”.

¹³⁴ Cfr. apartados 31 y 34 de la Opinión de la Abogada General que, concretamente afirma que “no resulta convincente el punto de vista expuesto por otros intervinientes en el procedimiento según el cual el derecho a permiso parental sólo se vincula al hecho de un “nacimiento”, con independencia del número de niños nacidos. En mi opinión, esta interpretación no tiene fundamento en el tenor de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco, pues en ella no se habla simplemente de un permiso parental tras un nacimiento, sino del nacimiento “de un hijo” para poder ocuparse “del mismo”. Por lo tanto, el texto de la disposición no gira en torno al nacimiento, sino al niño, y parte del principio de que por cada hijo se ha de conceder un permiso parental” (apartado 32).

¹³⁵ Pues “no puede descartarse que el empleo del singular en la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco no tenga valor numérico, sino genérico, y que este singular no establezca una correlación entre el número de hijos y el de permisos parentales, sino que designe a todos los hijos como categoría de personas que pueden generar el derecho a un permiso parental” (STJUE apartado 49).

JURISPRUDENCIA • TJUE

medida en que deben responder concomitantemente a las necesidades de dos niños, pero que dicho esfuerzo adicional no se prolonga más en el tiempo, ya que los gemelos, en principio, atraviesan a la vez por las mismas fases de desarrollo”¹³⁶.

Es más correcta la posición de la Abogada General que realiza la interpretación teleológica de la disposición discutida respecto al Acuerdo marco, señalando acertadamente que su sentido y finalidad no permiten restringir el alcance de la interpretación literal efectuada, antes bien “resulta especialmente indicada para conseguir los mencionados objetivos del Acuerdo marco”, entre los que incluye significativamente la perspectiva de la corresponsabilidad, por lo que conviene leer la argumentación que realiza en su Opinión¹³⁷.

Retomando el punto de vista adoptado por el TJUE hay que reseñar que conduce a dos consecuencias: de un lado, a afirmar que multiplicar el permiso parental no es la única medida adecuada que los Estados miembros pueden adoptar para facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores en casos de parto múltiple, sino que resulta preciso tener en cuenta el sistema en que se insertan las medidas destinadas a facilitar la superación de las dificultades en que se encuentran esos progenitores, opción reforzada por el carácter mínimo de las disposiciones del Acuerdo marco y el amplio margen de actuación que deja a los Estados en la regulación del permiso parental. De otro lado, a decidir que la cláusula objeto de interpretación “no obliga, en caso de nacimiento de gemelos, a reconocer inmediatamente un derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido”.

2.3 Incidencia del principio de igualdad de trato en el caso de progenitores en supuestos de parto múltiple

El órgano judicial que planteaba la cuestión también había indicado que podría incidir en la interpretación de la Cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco, el principio de igualdad de trato para valorar la situación de los progenitores en casos de gemelos. El Tribunal de Justicia considera que, efectivamente, procede examinar este punto, por cuanto se incardina claramente en las exigencias derivadas de dicho principio. En realidad, se ve

obligado a abordarlo puesto que es la virtualidad de este principio la razón por la que la Abogada General rechazaba la posición de la representación de los Estados que mantenían que la concesión de un solo permiso parental a los progenitores de gemelos garantizaba suficientemente el sentido y la finalidad del Acuerdo marco, mientras ella consideraba que este supuesto lo hacía diferente y, por tanto, necesitado de una respuesta jurídica diversa¹³⁸. Esto es más patente si se tiene en cuenta lo que la Abogada General denomina el “modelo del Acuerdo marco”, que fija en los ocho años del niño el límite temporal dentro del que los Estados miembros pueden disponer el permiso parental¹³⁹. El Tribunal de Justicia había abandonado la perspectiva de conjunto del Acuerdo marco, confundiendo los planos en juego y, por ello, su resolución se encamina de diferente manera. En este punto hay, además, diferencias entre la Comisión y el Tribunal de Justicia. Para la Comisión, la situación de los padres de gemelos es asimilable a los de hijos con escasa diferencia de edad y, en ese sentido, deberían beneficiarse de un permiso parental autónomo por cada hijo. Para el Tribunal de Justicia este criterio de la escasa diferencia de edad resulta “un elemento difícilmente cuantificable” aunque, a continuación, él mismo acude a un criterio cuantitativo para diferenciar los supuestos del nacimiento de gemelos y de dos hijos de edades diferentes en cuanto a los esfuerzos que suponen para sus progenitores¹⁴⁰. La diversidad de estas posiciones se manifiesta en sus resultados, puesto que para el Tribunal de Justicia esto sólo lleva a considerar que se trata efectivamente de una situación particular que debe ser tenida en cuenta, en primer lugar, por el legislador nacional a la hora de adaptar el Derecho de producción interna a la Directiva y, en segundo lugar, por el juez nacional. Esa situación particular obliga a tener en cuenta las necesidades específicas de estos progenitores pero dado que el Acuerdo marco otorga un amplio espacio de maniobra a los Estados miembros para regular el régimen del permiso parental, el modo de atenderlas corresponde a cada uno de ellos, por cuanto en el Acuerdo marco existe “la intención de considerar la situación en cada Estado miembro”¹⁴¹: esta se erige, así, en el núcleo de la deci-

¹³⁶ Cfr. STJUE apartado 58.

¹³⁷ Cfr. Opinión de la Abogada General apartados 35 y 37. Es muy enriquecedora la lectura de la argumentación realizada: “El objetivo del Acuerdo marco es facilitar la conciliación de la vida familiar y la vida profesional dando a los padres la posibilidad de ocuparse por sí mismos de sus hijos durante un tiempo determinado sin sufrir por ello perjuicios profesionales. Se pretende que los padres puedan compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares. De esta manera se quiere influir positivamente, en el contexto de los cambios demográficos, también en la tasa de natalidad. Asimismo, el permiso parental tiende a promover la participación de las mujeres en la vida activa y la igualdad de trato para los dos sexos” (apartado 36) y “la conclusión extraída de la interpretación literal, según la cual por cada gemelo se tiene un derecho independiente a permiso parental, resulta especialmente indicada para conseguir los mencionados objetivos del Acuerdo marco. Un derecho independiente a permiso parental de tres meses por cada gemelo es lo que mejor puede ayudar a compaginar sus obligaciones familiares y profesionales a los padres de gemelos, cuyo cuidado plantea especiales dificultades. Además, puede ejercer un efecto motivador en el progenitor que se ocupa de hijos gemelos (en la vida real, aún hoy, casi siempre la madre) para no abandonar su vida profesional ante la complicación que representa el nacimiento de gemelos” (37).

¹³⁸ “Si bien hay que reconocer que el cuidado de gemelos lleva consigo un efecto de sinergia, el esfuerzo que exige es sustancialmente mayor y no se puede comparar con el cuidado de un solo hijo. Debido a que tienen la misma edad, es cierto que en principio sus necesidades son idénticas, pero satisfacerlas requiere un doble esfuerzo y, por otro lado por ejemplo, los gemelos no necesariamente tendrán siempre hambre o sueño al mismo tiempo. Si se concediera un sólo permiso parental a los padres de gemelos, al igual que a los padres de un solo hijo, se estaría pasando por alto esta diferencia y, por lo tanto, de forma indebida se estaría tratando igual casos diferentes” (ibídem, apartado 40).

¹³⁹ Cfr. ibídem, apartados 41 a 45.

JURISPRUDENCIA • TJUE

sión del Tribunal de Justicia para dar respuesta a este aspecto concreto del problema. En segundo lugar, es el juez nacional al que corresponde verificar si en cada ordenamiento se responde a esta exigencia del Derecho de la Unión de tener en cuenta las necesidades específicas de estos progenitores “y, en su caso, interpretar la normativa interna, en la medida de lo posible, de modo conforme con el Derecho de la Unión”¹⁴².

Uno de los elementos aportados por la Abogada General proporciona adicionalmente un límite a esta discrecionalidad de los Estados miembros, que el TJUE reconoce tan ampliamente y que obedece a la diferente perspectiva con que ambos analizan el Acuerdo marco: viene dado porque es evidente que el ejercicio de dicha discrecionalidad no puede desvirtuar la eficacia práctica del citado Acuerdo¹⁴³. En cualquier caso, la Abogada General encuentra el adecuado campo de desarrollo para la discrecionalidad de los Estados en que la concesión de un permiso parental por cada hijo no supone, sin más, una multiplicación del tiempo previsto del permiso parental en los Estados que lo han regulado superando la duración mínima impuesta por el Acuerdo marco: esta percepción es particularmente importante puesto que la regulación estatal oscila entre ese mínimo de tres meses hasta tres años y, sobre todo, porque un período excesivamente largo podría inducir a desvirtuar la finalidad para la que el Acuerdo marco ha previsto este principio¹⁴⁴.

Lógicamente, por todo esto, la decisión del Tribunal de Justicia y la propuesta por la Abogada General son diversas. Para el primero la Cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco, “no puede interpretarse en el sentido de que confiere al hijo un derecho individual al permiso parental” y “no debe interpretarse en el sentido de que el nacimiento de gemelos genera derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido”, por lo que

su interpretación a la luz del principio de igualdad de trato conlleva las mencionadas obligaciones para los Estados miembros y facultades para el juez nacional. Para la segunda, de modo más correcto, “debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores, hombres y mujeres, tienen un derecho individual a permiso parental de al menos tres meses por cada hijo gemelo”.

3. Conclusiones

El análisis de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige tener en cuenta la estructura dialógica del procedimiento a través del cual se produce, al contar casi siempre con la participación de los Abogados Generales. Por eso, en este comentario se ha dado relevancia al contraste de pareceres entre ellos.

El fondo del asunto tratado, el alcance del derecho individual al permiso parental, reconocido por la Directiva 96/34/CE del Consejo, aplicado al caso del nacimiento de gemelos -no previsto específicamente en esas normas-, obliga a tener en cuenta no sólo la perspectiva de la conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, sino también particularmente el cambio de paradigma que comporta la igualdad de mujeres y hombres hacia el fortalecimiento de la corresponsabilidad. Esto conduce a posiciones más acorde al desarrollo del derecho de igualdad y, en el caso concreto aquí expuesto, a la identificación de una situación particular que el principio de igualdad de trato imponía resolver de modo diferenciado. Una percepción excesivamente restringida del objeto de la discusión ha llevado al Tribunal de Justicia a no otorgar la debida relevancia a ese principio, desvirtuando en alguna medida el sentido y la finalidad del Acuerdo marco sobre el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor (**Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga**)¹⁴⁵.

¹⁴⁰ “Si bien no puede negarse que la tarea que representa la educación de gemelos implica más esfuerzos y, por tanto, no es comparable con el cuidado de un solo hijo, tampoco puede ignorarse que el crecimiento y desarrollo paralelo de los gemelos conlleva efectos de sinergia y, en consecuencia, la tarea que representa su educación no es necesariamente comparable con la que requiere la educación de dos hijos de edades diferentes” (STJUE apartado 67).

¹⁴¹ STJUE apartados 69 y 75. Así como “procede señalar que, en general, una duración sensiblemente mayor que la duración mínima establecida por el Acuerdo marco y una cierta flexibilidad permitida a los progenitores para acogerse a ese permiso en función de la edad del niño permiten una mejor absorción del aumento de tareas inherente a la educación de gemelos. Asimismo, al dejar las modalidades de aplicación, conforme al apartado 6 de las consideraciones generales del Acuerdo marco, un amplio margen a modos flexibles de organización del trabajo, pueden facilitar la conciliación de las exigencias de la vida profesional con las dificultades particulares que conlleva la educación de gemelos”, “también es posible concebir y adoptar otras medidas que puedan responder a las necesidades específicas de los progenitores de gemelos, como una ayuda material, en forma, por ejemplo, de derecho de acceso a estructuras de acogida del niño, o una ayuda económica, en forma, en particular, de prestaciones específicas que permiten una libre elección del modo de guarda” (apartados 71 y 72).

¹⁴² STJUE apartados 75 y 74.

¹⁴³ Cfr. Opinión de la Abogada General apartado 51.

¹⁴⁴ Cfr. *ibídem* apartados 54 y 58. Aunque “en principio dicho permiso debe concederse en los mismos términos a todas las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, a no ser que se pueda justificar objetivamente un tratamiento diferenciado” (apartado 56), por lo que un Estado miembro “al conceder un permiso parental de mayor duración también puede adoptar disposiciones relativas a la coincidencia temporal de los permisos para diferentes hijos” (apartado 57), incluso “en atención a los fines y objetivos perseguidos por el Acuerdo marco, pueden estar justificadas disposiciones de cómputo temporal que reduzcan el derecho a permiso parental a una duración inferior a la de un doble permiso” (apartado 60).

¹⁴⁵ Al trabajar en el marco del proyecto “Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites (DER2009-14519-C05-01)”, del Ministerio de Ciencia e Innovación”, todos los recursos usados para este comentario han sido obtenidos a través de internet.

JURISPRUDENCIA · TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (SALA SEGUNDA)
96/2010, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2010. PROHIBICIÓN DE UNA
MANIFESTACIÓN, CONMEMORATIVA DEL DÍA INTERNACIONAL DE LA
MUJER, CONVOCADA EN PERÍODO ELECTORAL ¹⁴⁶**

En el recurso de amparo núm. 2392-2008, promovido por Plataforma 8 de marzo de Sevilla, representada por la Procuradora de los Tribunales doña X y asistida por la Abogada doña Y, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de febrero de 2008, que desestimó el recurso contencioso núm. 90-2008-R, interpuesto contra la resolución de 15 de febrero de 2008 de la Junta Electoral Provincial de Sevilla. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 27 de marzo de 2008 la Procuradora de los Tribunales doña X, en nombre y representación de Plataforma 8 de marzo de Sevilla, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos que fundamentan la demanda de amparo son resumidamente los siguientes:

a) Mediante escrito registrado el 8 de febrero de 2008 en la Subdelegación de Gobierno de Sevilla, doña Z, en nombre de varias asociaciones de mujeres integrantes de la Plataforma 8 de marzo de Sevilla, comunicó a esa Subdelegación la celebración en Sevilla de una manifestación para el siguiente día 8 de marzo con motivo de la conmemoración del día internacional de la mujer. La citada comunicación advertía del recorrido y horario previstos y del servicio de orden ideado para garantizar la seguridad de la marcha.

b) Mediante resolución de 15 de febrero de 2008 la Junta Electoral Provincial de Sevilla, luego de advertir que el acto convocado coincidía con las jornadas de reflexión previa y de celebración de las elecciones generales y autonómicas convocadas para el siguiente día 9 de marzo de 2009, y de alertar sobre el riesgo de que la marcha pudiera afectar a la tranquilidad y sosiegos deseables en el día anterior al ejercicio del derecho al sufragio activo, acordó proponer a las asociaciones convocantes la modificación de la fecha prevista para la celebración de la manifestación.

c) Contra esta resolución la plataforma recurrente en amparo interpuso recurso contencioso-administrativo denunciando la lesión de su derecho fundamental de reunión y manifestación (art. 21 CE), al considerar que la decisión recurrida, además de carecer de la imprescindi-

ble y suficiente motivación, era irrazonable y desproporcionada por no descansar en una correcta ponderación de los bienes constitucionales en juego, habida cuenta que la manifestación prevista no era de contenido político ni, por lo mismo, podía incidir en la necesaria neutralidad propia de la jornada de reflexión.

d) Mediante Sentencia de 25 de febrero de 2008 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, desestimó el recurso interpuesto al considerar que la resolución de la Administración electoral había efectuado una ponderación adecuada de los distintos intereses y valores constitucionales en conflicto, pues, lejos de prohibir el acto de la manifestación, había propuesto simplemente en su lugar la modificación de la fecha prevista para su celebración. Más aún si se tiene en cuenta que, entre las asociaciones convocantes, integrantes de la plataforma recurrente, figuraba el área provincial de la mujer de Izquierda Unida-Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, fuerza política concurrente a las elecciones.

3. En su demanda de amparo la plataforma recurrente argumenta, como ya hiciera antes en la vía judicial, que la resolución de la Junta Electoral y la Sentencia impugnadas son decisiones irrazonables y desproporcionadas que no descansan en una adecuada ponderación de los valores y bienes en conflicto y sí sólo, en cambio, en meras apelaciones a la eventual incidencia sobre la neutralidad política que debe presidir la jornada de reflexión, pero que están huérfanas de la necesaria demostración y, por tanto, son insuficientes para limitar con los efectos pretendidos el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE). Añade también que la modificación de la fecha prevista para la celebración de la manifestación no es tampoco una decisión proporcionada y respetuosa con el ejercicio del citado derecho fundamental, toda vez que el 8 de marzo es precisamente la fecha elegida desde hace más de un siglo para conmemorar el día internacional de la mujer trabajadora, por lo que la citada modificación implica vaciar literalmente de contenido y privar de su genuino sentido a la manifestación prevista.

4. Por providencia de 4 de mayo de 2010 la Sala Segunda de este Tribunal acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), admitir a trámite el presente recurso de amparo. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, acordó dirigir atenta comunicación a la

¹⁴⁶ Esta Sentencia ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 306, de 17 de diciembre de 2010, y puede consultarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2010/12/17/pdfs/BOE-A-2010-19435.pdf>. Sólo se reproducen aquí los Fundamentos Jurídicos relacionados con la violencia de género y el Fallo de la Sentencia.

JURISPRUDENCIA · TC

Junta Electoral provincial de Sevilla a fin de que remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes a la resolución impugnada de 15 de febrero de 2008. Igualmente, en la misma providencia, acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a fin de que remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso núm. 90-2008-R, y emplazase a quienes hubieran sido parte en ese procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional de amparo.

5. Mediante escrito registrado el 6 de mayo de 2010 el Abogado del Estado solicitó que se le tuviera por personado y parte en el presente procedimiento. Por diligencia de ordenación del siguiente 10 de junio se acordó tener por personado y parte al Abogado del Estado y, con arreglo a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, conceder a todas las partes personadas y al Ministerio Fiscal plazo común por veinte días para que, con vista de las actuaciones recibidas, formularan alegaciones.

6. El 6 de julio de 2010 el Abogado del Estado presentó sus alegaciones interesando, de modo principal, la inadmisión de la demanda de amparo por no contener ningún razonamiento específico destinado a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso y, por tanto, incumplir el requisito del art. 49.1 LOTC. Y, subsidiariamente, su desestimación, por entender que efectivamente, como declararon las resoluciones impugnadas, en el presente asunto existían razones fundadas para entender que la reunión o manifestación programada podía quebrar la necesaria neutralidad política propia de la denominada jornada de reflexión. A su juicio así lo probaría, en primer lugar, el que una de las asociaciones integrantes de la plataforma convocante fuera precisamente el área provincial de la mujer de Izquierda Unida-Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, fuerza política concurrente a las elecciones. Y, en segundo lugar, el que la conmemoración del Día Internacional de la Mujer Trabajadora tuvo durante buena parte de la primera mitad del siglo pasado un destacado componente o «tinte socialista y comunista, [del que] no puede decirse que se haya desprendido totalmente en la visión popular más difundida» y, por tanto, el que la celebración de ese día esté ligada a las fuerzas políticas de izquierda, de modo que la manifestación convocada, aun sin confesarlo, podía equipararse a un acto de campaña por su efecto persuasivo sobre el elector «en favor del voto de izquierda y, especialmente, de IULV-CA, miembro de la Plataforma».

7. Con fecha 14 de julio de 2010 la plataforma recurrente presentó su escrito de alegaciones ratificándose en las ya formuladas en su escrito de demanda de amparo constitucional.

8. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 7 de septiembre de 2010, presentó sus alegaciones interesando el otorgamiento del amparo solicitado. Tras resumir los antecedentes del caso el Fiscal recuerda a continuación, sirviéndose de la STC 37/2009, de 9 de febrero, la doctrina consolidada de este Tribunal sobre el contenido y límites el derecho de reunión (art. 21 CE). Teniendo en cuenta esa doctrina constitucional el Fiscal concluye que las resoluciones administrativa y judicial impugnadas no acreditan suficientemente la existencia de ninguna razón ni circunstancia que permita apreciar justificadamente el riesgo de que la manifestación considerada pudiera incidir en la jornada de reflexión. Considera, en consecuencia, que las decisiones recurridas en amparo se fundan en meras sospechas y, en cuanto tales, son insuficientes para limitar legítimamente el ejercicio del derecho de manifestación en periodo electoral.

9. Por providencia de 11 de noviembre de 2010, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 de noviembre del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La plataforma recurrente impugna la resolución de la Junta Electoral Provincial de Sevilla de 15 de febrero de 2008 y la posterior Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de febrero de 2008, que confirmó su legalidad, por considerar que vulneraron su derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE). En su criterio esa resolución de la Junta Electoral, luego confirmada por el órgano judicial, que acordó no autorizar la manifestación convocada para el 8 de marzo de 2008 en conmemoración del día internacional de la mujer y propuso la modificación de la fecha prevista para la manifestación, a fin de impedir que su celebración coincidiera con la jornada de reflexión previa a las elecciones generales y autonómicas convocadas para el día siguiente 9 de marzo de 2008, es una decisión irrazonable y desproporcionada que no descansa en una adecuada ponderación de los valores y bienes en conflicto y sí sólo, en cambio, en meras apelaciones a la eventual incidencia sobre la neutralidad política que debe presidir la jornada de reflexión, pero que están huérfanas de la necesaria demostración y, por tanto, que son insuficientes para limitar con los efectos pretendidos el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE).

El Abogado del Estado interesa la inadmisión de la demanda de amparo por entender que la plataforma recurrente no ha cumplido con la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso ex art. 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y, subsidiariamente, su desestimación por considerar que la resolución de la Administración electoral, luego confirmada en vía judicial por la Sentencia también impugnada en el presente proceso constitucional,

JURISPRUDENCIA • TC

es una decisión proporcionada y justificada en razones suficientes para limitar el derecho de reunión.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la estimación del amparo por considerar que, efectivamente, como defiende la plataforma recurrente, las resoluciones administrativa y judicial recurridas vulneraron su derecho de reunión.

2. Antes de examinar el fondo de la lesión constitucional denunciada debemos hacer dos precisiones.

La primera para notar que, en contra de la mención que expresamente consta en la demanda de amparo, no estamos ante un recurso de amparo interpuesto por la vía del art. 44.1 LOTC, y ni siquiera tampoco, frente a la opinión que defiende el Ministerio Fiscal, ante un recurso de amparo de los que usualmente hemos denominado «mixtos», sino ante un recurso en el que la violación del derecho fundamental de reunión del art. 21 CE que se denuncia tiene su origen directo e inmediato en un acto de la Administración electoral y sólo mediata e indirectamente en la Sentencia que desestimó el previo recurso contencioso-administrativo, toda vez que la resolución judicial se limitó a confirmar la legalidad del acuerdo impugnado, pero sin incurrir al hacerlo en ninguna nueva y autónoma infracción constitucional. En consecuencia debemos concluir, como también hace el Abogado del Estado, que el presente recurso de amparo ha sido formulado por la vía del art. 43 LOTC, con consecuente aplicación del plazo de interposición de veinte días que previene el art. 43.2 LOTC para este tipo de casos, y que en todo caso, según conviene en reconocerlo el Abogado del Estado, ha sido correctamente observado por la plataforma recurrente.

Y la segunda para descartar la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones. Conforme con más detalle se ha recordado en los antecedentes, el Abogado del Estado considera que el presente recurso debiera ser inadmitido por considerar que la demanda de amparo no cumple con la carga de justificar, según es siempre obligado ex art. 49.1 LOTC (AATC 188/2008, de 21 de julio y 290/2008, de 22 de septiembre y STC 155/2009, de 25 de junio), la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. Al efecto, baste con subrayar ahora que la demanda formulada contiene esa específica mención a la especial trascendencia del recurso y que este Tribunal ha considerado que efectivamente concurre el mencionado requisito.

3. Sobre el contenido del derecho de reunión (art. 21 CE) y los límites a su ejercicio que forzosamente impone la protección de otros bienes o derechos constitucionales y, de modo particular, en lo que ahora más nos interesa, la limpieza o la pureza de los procesos electorales o los derechos de participación política, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en fechas recientes (últimamente, por todas, STC 170/2008, de 15 de diciembre, a la que siguen

luego las SSTC 37/2009 y 38/2009, ambas de 9 de febrero). Conforme entonces declaramos y conviene reiterar ahora, no hay duda de que el derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE «no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene límites, entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE —alteración del orden público con peligro para personas y bienes—, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales». Ahora bien, como también precisábamos entonces, «para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, tal y como acaba de señalarse, que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el art. 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución». Pero para ello «no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo el principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión ... de manera que solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad» (STC 170/2008, FJ 3).

Concretamente, en relación con las manifestaciones con posible repercusión negativa en la limpieza de los procesos electorales, que aquí particularmente nos interesa, en esa misma doctrina constitucional hemos declarado también que «no cabe duda que las opiniones derivadas de ese intercambio, exposición, defensa o reivindicación pueden llegar a influir en el ciudadano, pero dicha situación sólo puede ser contemplada como una mera sospecha o una simple posibilidad. De ahí que sólo cuando se aporten razones fundadas, en expresión utilizada por el art. 21.2 CE, sobre el carácter electoral de la manifestación, es decir, cuando su finalidad sea la captación de sufragios (art. 50.2 LOREG) ... podrá desautorizarse la misma con base en dicho motivo». En otro caso, esto es, en defecto de esa necesaria demostración, «debe favorecerse el ejercicio del derecho de reunión aun en detrimento de otros derechos, en especial los de participación política, no sólo por significarse como un derecho esencial en la conformación de la opinión pública, sino por la necesidad de su previo ejercicio para una configuración de la misma libre y sólida, base indispensable para el ejercicio de los mencionados derechos. Por este motivo, el ejercicio

JURISPRUDENCIA • TC

del derecho de reunión, del que el derecho de manifestación resulta una vertiente, debe prevalecer, salvo que resulte suficientemente acreditado por la Administración y, en su caso, por los Tribunales, que la finalidad principal de la convocatoria es la captación de sufragios» (SSTC 170/2008, FJ 4; 37/2009, FJ 3, y 38/2009, FJ 3).

4. Aunque los supuestos examinados por este Tribunal en las Sentencias que acabamos de recordar no sean exactamente idénticos al que ahora consideramos (toda vez que la presente controversia versa, no sobre los límites al ejercicio del derecho de reunión y manifestación durante la campaña electoral, sino a propósito de los límites constitucionalmente legítimos en relación con las manifestaciones a celebrar en la jornada de reflexión previa a la celebración de las correspondientes elecciones y, por tanto, una vez ya finalizada la respectiva campaña electoral) sí ilustran suficientemente, en todo caso, sobre el principio *favor libertatis* y favorable al ejercicio del derecho de reunión y manifestación que debe guiar las correspondientes decisiones de la Administración electoral y de los órganos judiciales, y, de otro, que este principio sólo puede ceder ante cualificados bienes o derechos dignos de protección constitucional, que en todo caso deberán ser debidamente acreditados, sin que a tal efecto puedan bastar las meras sospechas o la simple posibilidad de perturbación de esos bienes o derechos protegidos constitucionalmente.

Ciertamente el art. 53.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), establece que, una vez legalmente finalizada la campaña electoral y, por tanto, con arreglo al art. 51.3, durante la jornada previa a la celebración de las elecciones, «no puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral».

No obstante, como bien se comprende, esta prohibición legal no significa naturalmente que durante la denominada jornada de reflexión previa a las elecciones no pueda celebrarse ninguna manifestación cuyo objeto tenga algo que ver con el debate político y, por tanto, pueda influir indirectamente en las decisiones de los electores. Pues teniendo en cuenta el carácter de exposición pública y colectiva de ideas, opiniones o reivindicaciones que es consustancial al ejercicio del derecho de reunión, es elemental que, por principio, toda reunión o manifestación puede conectarse en último término, y aunque sea remotamente, con el debate político y, por lo mismo, con las decisiones de los electores. De modo que, de aceptar semejante planteamiento, por esa vía llegaríamos al absurdo de admitir la prohibición de toda reunión o manifestación por el simple hecho de serlo y coincidir con la jornada de reflexión previa a unas elecciones; una conclusión que obviamente debe ser rechazada, sin embargo, pues, según hemos advertido en otras ocasiones, «la mera posibilidad de que una reivindicación ..., pueda incidir

de una u otra forma en el electorado, se muestra como hipótesis insuficiente para limitar el derecho de reunión en periodo electoral» (STC 38/2009, de 9 de febrero, FJ 4). De modo que, con arreglo a lo expuesto, el examen de la constitucionalidad de las decisiones aquí impugnadas sigue su cauce habitual. Lo que significa que serán legítimas si se fundan en la existencia de meritorias y fundadas razones que prueben el carácter electoral de la manifestación considerada. En otro caso no superarían este test de control y, en consecuencia, deberán ser anuladas.

5. En el presente caso, conforme se ha recordado en los antecedentes, la Administración electoral propuso modificar la fecha prevista para la celebración de la manifestación en conmemoración del día internacional de la mujer por considerar que la misma podía repercutir negativamente, al coincidir con la jornada de reflexión previa a las elecciones generales y autonómicas del siguiente día 9 de marzo de 2008, «en el derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en [los] asuntos públicos[s], afectando a la tranquilidad y sosiego deseables en el día anterior al ejercicio del derecho de sufragio activo», pero sin ninguna motivación añadida. Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la legalidad de esa decisión de la Administración electoral al entender que, «aunque en principio y a priori la manifestación convocada no tiene por finalidad directa la de intervenir en el debate político ni tratar de captar votos para ningún partido político, no puede descartarse que de modo indirecto pueda afectar al principio de neutralidad política que debe presidir dicha jornada de reflexión, coadyuvando o favoreciendo la captación de sufragios a favor de algunas opciones políticas». Para añadir a continuación que, «entre las convocantes, integrantes de la Plataforma 8 de marzo, se encuentra el Área Provincial de la Mujer de IULV-CA, formación política que concurre a las elecciones».

Con arreglo a esta motivación, no permitir la celebración en la fecha prevista de la manifestación convocada con el objetivo confesado de garantizar la pureza del proceso electoral es una decisión que no obedece a ninguna razón fundada y sí sólo, en cambio, a meras sospechas sobre la posibilidad de que la manifestación considerada pudiera perturbar la deseable neutralidad política propia de la jornada de reflexión, ni tiene en cuenta tampoco el principio *favor libertatis* que debe guiar las decisiones de este tipo.

De un lado, habida cuenta de las propias dudas que despierta ya en la resolución de la Junta Electoral Provincial y confirma luego expresamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que reconoce el carácter en principio ajeno a la contienda electoral de la manifestación controvertida. Y, de otro, porque el hecho, subrayado en la Sentencia y que ha sido puesto también de relieve por el Abogado del Estado en el presente proceso constitucio-

JURISPRUDENCIA · TC

nal, de que una de las asociaciones convocantes fuera precisamente el área provincial de la mujer de Izquierda Unida-Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, no es tampoco ninguna razón suficiente para concluir sencillamente que la manifestación es de contenido político y su celebración puede influir en la contienda electoral y, en último término, en la decisión de los electores. Ni siquiera en el sentido indirecto o subliminal que sugiere el Abogado del Estado por considerar que la conmemoración del día internacional de la mujer tenga, desde sus orígenes, un tinte o componente socialista y comunista y, por tanto, esté ligado a las fuerzas políticas de izquierda. Pues, como hemos afirmado en otras ocasiones semejantes, cuando la capacidad de influir en la decisión de los electores es simplemente remota o indirecta, como es el caso, «debe favorecerse el ejercicio del derecho de reunión aun en detrimento de otros derechos, en especial los de participación política, no sólo por significarse como un derecho esencial en la conformación de la opinión pública, sino por la necesidad de su previo ejercicio para una configuración de la misma libre y sólida, base indispensable para el ejercicio de los mencionados derechos» (STC 170/2008, de 15 de diciembre, FJ 4). La «Plataforma 8 de marzo de Sevilla» se limitó a convocar una manifestación para conmemorar el día internacional de la mujer que mundialmente se celebra en esa fecha, objetivo perfectamente legítimo desligado de la contienda electoral y propio de una asociación de esa naturaleza, sin que la misma pueda ser prohibida, en defecto de la necesaria demostración, por el simple hecho de coincidir casualmente con la jornada de reflexión electoral o por la razón de que uno de los cuarenta y siete colectivos que integran la citada plataforma forme parte a su vez de una de las formaciones políticas concurrentes a las elecciones.

Por las razones expuestas debemos concluir que las decisiones administrativa y judicial impugnadas no han acreditado la existencia de razones fundadas que justifiquen que la manifestación convocada pudiera incidir o perturbar la neutralidad política propia de la denominada jornada de reflexión. En consecuencia procede otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho de reunión (art. 21 CE) y declarar la nulidad de la resolución de la Junta Electoral Provincial de Sevilla, así como de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. La resolución de la Administración electoral por vulnerar de manera directa el derecho fundamental citado y la judicial por no reparar la lesión constitucional entonces denunciada por ese motivo, si bien el fallo estimatorio habrá de tener un alcance meramente declarativo, por cuanto, como se desprende de los antecedentes de la presente Sentencia, es ya imposible que la manifestación convocada por la plataforma recurrente pueda tener lugar en la fecha inicialmente prevista.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA, Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por la Plataforma 8 de marzo de Sevilla y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental de reunión y manifestación (art. 21 CE).

2.º Restablecer a la recurrente en su derecho y, a tal fin, anular el Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Sevilla, de 15 de febrero de 2008, y la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de febrero de 2008, en el recurso núm. 902008-R.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2010: prohibición de una manifestación, convocada en período electoral, que carecía de la intención de captar sufragios (sobre manifestación conmemorativa del día internacional de la mujer)

La Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2010, de 15 de noviembre, dictada en recurso de amparo, por la que se anula la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sienta importantes criterios respecto de los límites del derecho de reunión, así como de la delimitación entre la reivindicación política y otro tipo de formulaciones sociales.

Para el día 8 de marzo de 2008, la Plataforma 8 de marzo de Sevilla, había notificado a la Subdelegación del Gobierno, la celebración de la tradicional manifestación conmemorativa del Día Internacional de la Mujer, con expresión de su itinerario, horario y servicio de orden. La Junta Electoral Provincial de Sevilla acordó proponer a las asociaciones convocantes la modificación de la fecha de la manifestación, habida cuenta de que esa fecha coincidía con la jornada de reflexión de la convocatoria electoral del 9 de marzo de 2008. Razonaba la Junta Electoral que siendo un día de reflexión política, podía alterarse el sosiego y la tranquilidad propios del ejercicio del sufragio activo.

Contra la resolución dictada por la Junta Electoral Provincial, la Plataforma interpuso recurso denunciando la violación del derecho de reunión y manifestación reconocidos en el art. 21 CE en cuanto la manifestación carecía por completo de naturaleza política, era un acto conmemorativo de una fecha de marcado carácter histórico en la historia del feminismo, y no cabía alteración en absoluto de un resultado electoral respecto de opciones políticas concurrentes a ese proceso electoral.

Por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se

JURISPRUDENCIA • TC

confirmó la resolución de la Junta Electoral, validando la ponderación de intereses que efectuó en relación con los derechos fundamentales en juego, máxime cuando no se trató de una denegación, sino de un cambio de fecha.

La recurrente en amparo denuncia ante el Tribunal Constitucional la trascendencia que ese cambio de fecha tiene cuando se trata de una conmemoración histórica, en donde la alteración de ese día priva de sentido la celebración del acto, pues es justamente esa la fecha de celebración. En cuanto a la ponderación de los intereses en juego, no parece razonable que en una manifestación a favor de los derechos de la mujer, pueda comprometerse una opción de partido concreta, y no todas las fuerzas políticas concurrentes al trámite electoral.

Es importante considerar aquí la posición del Abogado del Estado en su defensa, en primer lugar, respecto de la admisión a trámite o no de la demanda, por considerar que no existe especial trascendencia constitucional de este recurso y, en segundo lugar, en orden a la desestimación, por entender que se podía quebrar la neutralidad política del proceso electoral. Es llamativo sobre todo el argumento que ofrece acerca de que había una fuerza política convocante, en concreto la secretaria de la mujer de un partido de izquierda, que podría obtener beneficios políticos derivados de la convocatoria. Esta percepción se obtiene del motivo que aporta que, de no ser jurídicamente llamativo, podría considerarse directamente peregrino: “la conmemoración del día de la mujer trabajadora (sic) tuvo durante buena parte de la mitad del siglo pasado un destacado componente o tinte socialista y comunista, del que no puede decirse que se haya desprendido totalmente en la visión popular más difundida y, por tanto, el que la celebración de ese día esté ligada a las fuerzas políticas de izquierda de modo que la manifestación convocada, aún sin confesarlo, pueda equipararse a un acto de campaña por su efecto persuasivo sobre el elector a favor del voto de la izquierda y, especialmente, de IULV-CA, miembro de la Plataforma”.

Ese glorioso argumento, en el que para empezar se considera que el día 8 de marzo es el día de la mujer trabajadora y no de todas las mujeres, independientemente de que trabajen o no, como desde hace décadas entiende ya el movimiento feminista, que ha reconocido sin más el 8 de marzo como el Día Internacional de la Mujer, y que vincula esa fecha con las fuerzas de izquierdas, además de ser inexacto, hace un flaco servicio a las opciones políticas de derechas que, al menos nominalmente, se dicen comprometidas con la defensa de la mujer y, por extensión, con el Estado Social. Más aún, una defensa del Estado, timonada por un Gobierno Socialista, que saca esos rancios argumentos para la defensa de resoluciones judiciales de ese calibre, deja en evidencia la pro-

pia defensa que de ese gobierno concreto hace la Abogacía del Estado en su argumentación.

Completamente diferente es la posición del Ministerio Fiscal que pide la estimación del amparo, y trae además la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional para justificar su argumentación, considerando que no había razones para la restricción de un derecho fundamental como es el derecho de manifestación.

Mejor aún justifica el Tribunal Constitucional en su sentencia la necesidad de atender al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos. Ciertamente existen límites a esos derechos y cierto también que el ejercicio de los derechos de participación política han de ser favorecidos y evitados los obstáculos a su ejercicio, pero han de ser meritorias razones y no meras conjeturas de que exista la posibilidad de alterar el sentido del voto.

Se estima, por tanto, el amparo sobre la consideración que no había razones que justificaran el cambio de fecha de la celebración del Día Internacional de la Mujer Trabajadora, y no lo eran la mera posibilidad por el hecho de que una de las convocantes formara parte de una fuerza política concurrente al proceso electoral.

Una última consideración cabe efectuar respecto de la propia jornada de reflexión, prevista en la vigente Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Si tuvo su razón de ser desde un punto de vista histórico la idea de que se regulara una jornada, la previa a la celebración de elecciones, de reflexión, en la que no se perturbara la convicción propia del ejercicio del voto, la situación actual del desarrollo tecnológico, ha privado de sentido esa regulación, y un importante sector doctrinal del derecho constitucional considera que esa norma ahora no tiene razón de ser. La existencia de Internet, redes sociales, telefonía móvil y cuantos medios electrónicos se pueden utilizar *on line* en la sociedad, dejan obsoleto un precepto de imposible cumplimiento. Nuestra historia reciente en el año 2004 dejó cuenta detallada de esta imposibilidad, y los recientes acontecimientos del derecho internacional están en estos momentos contribuyendo a demostrar el seguimiento de los acontecimientos y, de hecho, cualquier acontecimiento tiene un seguimiento instantáneo por parte de toda persona que quiera obtener esa información. En esas condiciones, es inoperante cualquier medida tendente a restringir una información que se produce en cualquier momento y lugar. Por ello, lo más congruente, en una hipotética reforma electoral, sería suprimir esa norma y confiar en la madurez de la persona que ejerce su derecho al voto, entendiendo que las personas no cambiarán de opinión en espacios tan cortos de tiempo. (M^a Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

JURISPRUDENCIA · TS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 5ª), DE 1 DE JUNIO DE 2010, SOBRE EL REAL DECRETO 240/2007, DE 16 DE FEBRERO, DE ENTRADA, LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE OTROS ESTADOS PARTE EN EL ACUERDO SOBRE EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO.

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil diez. Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los Señores reseñados al margen, el Recurso Contencioso-administrativo que con el número 114/2007, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D X, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE" y de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA, contra el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Abogado del Estado, en la representación que le es propia de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha de 27 de abril de 2.007, el Procurador de los Tribunales D X, presenta escrito en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE" y de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA, interponiendo recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

SEGUNDO. Esta Sala —tras un previo requerimiento documental— dicta Providencia con fecha 23 de noviembre de 2007 en la que se acuerda tener por personal y parte al Procurador de los Tribunales D X, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE" y de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA, admitiendo el recurso a trámite y acordando se requiera a la Administración demandada para que remita el expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción, y ordena practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley.

TERCERO. Con fecha de 22 de mayo de 2.008, esta Sala dicta Providencia en la que se tiene por recibido el expe-

diente administrativo y los emplazamientos procedentes del Ministerio del Interior, concediendo a la recurrente el plazo de veinte días para que formalice la demanda.

La representación procesal de la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE" y la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA presenta escrito con fecha de 1 de julio de 2.008, formalizando el escrito de demanda, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando a la Sala que tuviera por interpuesto la demanda contra el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, para que tras los trámites legales proceda a declarar ilegal y anular el mismo en los incisos y preceptos ya indicados en el cuerpo de este escrito y cada uno de los fundamentos jurídicos y en virtud de las argumentaciones indicadas, con expresa condena a la Administración si se opusiere.

Solicitando mediante Otrosí la suspensión de la aplicación de varios artículos, exponiendo las alegaciones que considera oportunas y suplicando a la Sala se incoe pieza separada de incidente cautelar y se proceda a suspender la vigencia de dichos artículos.

CUARTO. Por Providencia de 15 de septiembre de 2008 se concedió al Abogado del Estado el plazo de veinte días para que conteste a la demanda, lo que verificó con fecha 4 de diciembre de 2.008, en el que tras efectuar en los hechos una síntesis del contenido de la disposición recurrida y exponer los razonamientos jurídicos que tuvo por conveniente, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se desestimara el recurso contencioso-administrativo.

QUINTO. Por Providencia de 27 de marzo de 2009 se tuvieron por convalidadas por esta Sección las actuaciones que habían sido tramitadas en la Sección Tercera de la misma Sala, siendo designada ponente la Excm. Sra. Magistrada, quedando pendientes las actuaciones de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 27 de enero de 2.010, fecha en la que comenzaron las deliberaciones. En el curso de la mismas, y por discrepar

JURISPRUDENCIA • TS

la ponente del criterio mayoritario de la Sala, anunciando Voto Particular, por decisión del Excmo. Sr. Presidente de la Sala, la ponencia fue turnada al Excmo. Sr. Magistrado, habiendo concluido las deliberaciones en fecha de 19 de mayo de 2010.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Con carácter previo se expone por las entidades recurrentes el sentido del recurso contencioso-administrativo formulado, consistente, en síntesis, en la contraposición que consideraban se había producido, en determinados artículos y apartados del Real Decreto impugnado, en contraposición con la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; Directiva por la que se modificaba el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogaban las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

Por ello, la triple argumentación esgrimida por las recurrentes en relación con los aspectos impugnados del Real Decreto 240/2007, tenía su base en:

a) El Principio de Primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno, proclamada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), citando al efecto las SSTJCE de 9 de marzo de 1978 (Asunto Simmenthal) y de 4 de abril de 1974 (Asunto Comisión c. Francia), así como las SSTS de 17 de abril de 1989 y 13 de junio de 1991, y la STC de 14 de febrero de 1991.

b) La habilitación que la Constitución Española confiere a la Jurisdicción Contencioso-administrativa para anular las disposiciones generales que incurrieren en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, en el que debe incluirse el Derecho Comunitario (STS de 10 de diciembre de 2002).

c) En la incompatibilidad entre un Reglamento interno y una Directiva comunitaria dotada de efecto vertical.

La sentencia trata, pues, de un control jurisdiccional de una norma interna española, analizada -fundamentalmente- desde la perspectiva del Derecho Comunitario europeo, y sin que, a juicio de la Sala, concurren las circunstancias exigidas para el planteamiento de Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con la doctrina jurisprudencial comunitaria del *“acto claro”*.

SEGUNDO. La primera impugnación se concreta en la expresión “otro Estado miembro” que se contiene en el Artículo 2 (Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), párrafo primero, que dice así: “El pre-

sente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: ...” (Incluyendo al cónyuge, pareja registrada, descendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada, y ascendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada).

El Real Decreto parcialmente impugnado tiene por objeto, según expone en su artículo 1º, regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España “por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”. Sin embargo, en el artículo 2º, impugnado, se extiende dicho ámbito subjetivo de aplicación – “cualquiera que sea su nacionalidad”- a los “familiares de ciudadano de otro Estado miembro”. Esto es, el derecho interno español (el Real Decreto impugnado) se va a imponer -se va a extender a regular- también la situación y los derechos de los familiares de los ciudadanos de otros Estados miembros, que ya han visto reconocida su situación en otro Estado miembro de la Unión europea como consecuencia de su vinculación familiar.

Mas ello, con una salvedad, cual es la de los familiares del propio ciudadano español, los cuales quedan excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión “de otro Estado miembro”. Esto es, el Real Decreto se va a aplicar solo a estos familiares y no a los familiares del propio ciudadano español, pues, estos no son “de otro Estado miembro”, sino de “este” Estado miembro. A estos, a los familiares del ciudadano español les sería, pues, de aplicación, no el régimen de este Real Decreto, sino el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre; norma reglamentaria en la que —a través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado— se introducen las nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea “no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007”, y van a establecer la “Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”.

JURISPRUDENCIA • TS

La impugnación ha de prosperar, ya que el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE contempla -como ámbito subjetivo de la misma- la situación de “cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia ; expresión con la que no se excluye a la familia del español -cualquier que sea su nacionalidad- residente con el mismo (posiblemente por la vía de la reagrupación familiar) en otro Estado de la Unión Europea, en el supuesto de regreso, desde ese otro Estado miembro, al Estado de su nacionalidad, esto es, a España. Exclusión que sí se produce con la expresión impugnada del artículo 2, apartado primero, del Real Decreto citado, ya que, a estos familiares del ciudadano español -que, obviamente, no cuentan con la nacionalidad española- se les somete a un régimen de derechos diferente, cual es el previsto en la Disposición Transitoria Vigésima para el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

En síntesis, la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia -de nacionalidad extraeuropea-, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38 /CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros. La introducción, en el precepto impugnado, de la expresión en la que la impugnación se concreta (“de otro Estado miembro”) implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada.

TERCERO. Examinamos en el presente Fundamento Jurídico tres aspectos de la impugnación de las recurrentes, directamente relacionados entre sí, y que se concretan en los efectos derivados de la situación de “separación legal”:

1º. Dentro del mismo artículo 2º del Real Decreto 240/2007 (Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) también se impugna la expresión “separación legal” que se contiene en los apartados a), c) y d) del citado artículo 2º. (Igualmente se impugna la expresión “cónyuge separado legalmente” que se contiene en el artículo 9.4 del Real Decreto impugnado, que luego examinaremos).

Esto es, al configurar el ámbito subjetivo familiar se incluyen -entre otros- en dicho ámbito, a su cónyuge, a los descendientes directos del mismo cónyuge, así como a los ascendientes directos del mismo cónyuge, mas con la condición, que se reitera en los tres apartados mencionados del artículo 2º, de que “no haya recaído el

acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal”. Si bien se observa, este artículo 2º extiende el régimen jurídico que nos ocupa a los familiares de los ciudadanos de los Estados miembros “cuando le acompañen o se reúnan con él”, pero siempre y cuando, en relación con los citados cónyuges, “no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal”. Esto es, desaparecido el vínculo conyugal, desaparece la consideración familiar del cónyuge. Pues bien, como quiera que la situación de “separación legal” no implica -como sí acontece con la nulidad matrimonial o el divorcio- una desaparición definitiva del vínculo matrimonial, en tales supuestos no debe de desaparecer tampoco la extensión -al cónyuge separado legalmente- del régimen jurídico contenido en el Real Decreto impugnado.

2º. Esta impugnación se relaciona con la que los recurrentes realizan en su Fundamento Jurídico Séptimo de determinados apartados del 9 del Real Decreto impugnado; la relación es obvia, por cuanto se trata de la misma expresión.

En efecto, la misma expresión de “separación legal” se contiene en el artículo 9, dedicado al “Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia”; en concreto, se contiene (i) en el enunciado del precepto, (ii) en su apartado 1, (iii) en su apartado 4, y (iv) en su apartado 4 a).

Se trata del mantenimiento del estatuto (fundamentalmente del derecho de residencia), que en el Real Decreto se contiene y regula, por parte de aquellos familiares en aquellos supuestos -que en el precepto se relacionan- que, en síntesis, implican una desvinculación o una desagregación familiar; en tal sentido, se citan como tales en el precepto: “fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada”. Esto es, junto con los otros supuestos la *separación legal* -al igual que ocurría desde otra perspectiva en el artículo 2º antes examinado- aquí es considerada como un supuesto de ruptura familiar.

Sin embargo, si examinamos el artículo 13 del la Directiva 2004/38/CEE, que nos está sirviendo de parámetro comparativo del Derecho Comunitario, podemos comprobar que las tres únicas referencias que se contienen son las relativas al “divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada”; esto es, que ninguna referencia se contiene a la expresión de la norma interna española impugnada “separación legal”.

Es cierto que en el Código Civil se señala, artículo 83 que

JURISPRUDENCIA • TS

“La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica”, pero, el artículo 84 siguiente añade que “La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio”. En consecuencia, la situación de “separación legal” no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial, siendo sus efectos muy diferentes, por ejemplo, a los del divorcio, disponiendo el artículo 88.2 que -a diferencia de la separación legal- “La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio”. En consecuencia, lo que no es igual en el propio ámbito interno español, y lo que ni siquiera contempla la Directiva comunitaria, no puede ser utilizado por el Reglamento que nos ocupa para la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes. Así, además, ha sido puesto de manifiesto tanto por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto Aussatou Diatta c. Land Berlín) como por el propio Tribunal Supremo (STS de 11 de diciembre de 2002). En el párrafo 20 de la Sentencia europea se señala que “procede añadir que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente. Ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente”. Por su parte la STS citada señaló que “La Comisión de las Comunidades Europeas en la Comunicación de 11 de diciembre de 2002, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo afirma que “las parejas casadas que estén separadas pero aun no divorciadas, siguen manteniendo sus derechos como miembros de la familia de un trabajador emigrante”, y ello partiendo de que, según expresa dicha Comunicación, «la libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales garantizadas por el derecho comunitario e incluye el derecho a vivir y trabajar en otro Estado miembro. En un principio esta libertad estaba destinada fundamentalmente a las personas económicamente activas y a sus familias. En la actualidad, el derecho de libre circulación en la comunidad también afecta a otras categorías, como los estudiantes, los pensionistas, y los ciudadanos de la Unión Europea en general. Quizás sea, en palabras de la Comisión, el derecho más importante conferido a los individuos en virtud del derecho comunitario y un elemento esencial de la ciudadanía europea»”.

3º. Por los mismos argumentos ha de anularse la expresión que también se impugna, de “cónyuge separado legalmente” que se contiene en el artículo 9.4.d) del Real

Decreto. Con la introducción de dicha expresión se viene a exigir -como si de un ex cónyuge se tratara- al cónyuge separado legalmente que aporte un resolución judicial o mutuo acuerdo que determine un derecho de visita a un hijo menor para poder conservar el derecho de residencia. Como antes expusimos tal exigencia solo será posible en los supuestos de disolución o desvinculación definitiva familiar, lo que no acontece con la situación de separación legal.

CUARTO. También del Artículo 2º se impugna, dentro de su párrafo 1, apartado b) la expresión “que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado”. Expresión que igualmente se contiene en la Disposición Adicional Vigésima, apartado 1 .b) y que, también se impugna.

Dentro del ámbito subjetivo familiar del Real Decreto, al que nos venimos refiriendo, se incluye también, junto al cónyuge del ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea, “A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí”.

Esto es, la norma interna española solo va a considerar pareja de hecho susceptible de someterse al régimen recogido en el Real Decreto a aquella pareja inscrita en un registro ad hoc de un Estado miembro cuando este Estado tenga un sistema de registros de parejas de hecho “que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado”. O, dicho de otra forma, solo a aquellos Estados miembros que tengan establecido un sistema de registro único.

Tal exigencia excede de lo establecido en la Directiva (Artículo 2.2 .b), que, al referirse, para definir, a los “Miembros de la familia”, solo se refiere a “la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro”, sin más exigencias.

Se trata, pues, de una exigencia no contemplada en la Directiva comunitaria, que implica una restricción respecto del contenido subjetivo de la misma y que, por tanto ha de ser anulada. Es cierto que existen diversos sistemas internos europeos de multiplicidad registral - como acontece con España- mas, sin siquiera el loable intento que, sin duda, la expresión reglamentaria conlleva de evitar posibles fraudes de duplicidad, puede servir de apoyo a la restricción que se pretende, ya que la solución frente al fraude debe ser regulado desde otras perspectivas jurídicas.

JURISPRUDENCIA · TS

La expresión, pues, ha de ser anulada; tanto la contenida dentro del artículo 2º, párrafo 1, apartado b), como en el apartado 1. b) de la Disposición Adicional Vigésima.

QUINTO. En el Artículo del Real Decreto se regulan los “Derechos” de las personas incluidas en su ámbito de aplicación. Con carácter general, en el apartado 1 del artículo citado se señala que dichas personas “tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo”, y, en el apartado 2 se regulan los que pudiéramos considerar como “derechos laborales”, señalando al efecto que “Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, ... tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”.

El problema surge porque el citado artículo 3.2 incluye la siguiente excepción: “exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente Real Decreto”. Esto es, tanto los “descendientes que vivan a cargo mayores de veintiún años” (artículo 2.1 c), como los “ascendientes ... que vivan a su cargo” (artículo 2.1 .d), bien sean -unos u otros- directos del ciudadano europeo, o de su cónyuge, o de su pareja registrada, cuentan con los derechos relativos a “entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español”, pero, sin embargo, su estatuto no se extiende al “derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios”.

Pues bien, dicha expresión (“exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2 .d) del presente Real Decreto”), es la que también es objeto de impugnación por parte de las recurrentes.

Es cierto -lo que luego analizaremos de forma independiente- que en el párrafo segundo de dicho apartado 2 del artículo 3º, deja abierta para éstos alguna actividad laboral al disponer que “No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento”.

Frente a ello, la Directiva transpuesta (como expresamente reconoce la Disposición Final Primera del Real

Decreto impugnado 240/2007) señala, de forma amplia, en su artículo 23 que “Los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena”.

Se trata, sin duda, de otra restricción evidente; ni en el artículo 2.2.d) de la Directiva, ni en el 23, que hemos reproducido, podemos encontrar restricción alguna en el ámbito laboral -y similar- reseñado en relación con estos miembros de la unidad familiar que se define, ya que la Directiva es clara e incondicionada, en sus expresiones y en el significado de las mismas, constituyendo, sin duda, una ampliación subjetiva, en relación con la anterior normativa que modifica y deroga (Directivas 90/364, 90/365, 93/96, y Reglamento 1612/68). Por otra parte, este derecho no puede considerarse como un derecho condicionado o dependiente de la situación -o evolución de la situación- económica de su titular. Se trata, pues, de una transposición restrictiva y limitadora, tanto del derecho de libre circulación de ciudadanos comunitarios (artículo 18 del Tratado de la Unión Europea), como del derecho de libre circulación de trabajadores (artículo 39.1 del mismo Tratado).

En consecuencia, la expresión del artículo 3.2 del Real Decreto 240/2007 (“exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2 .d) del presente Real Decreto”), debe de ser suprimida.

SEXTO. Por otra parte, y dentro del mismo artículo 3.2 del Real Decreto, se impugna -así se dice- el inciso primero de su párrafo segundo, que ya antes hemos trascrito, como supuesto de excepción a la genérica prohibición laboral de los descendientes a cargo mayores de 21 años y de los ascendientes igualmente a cargo; dicho inciso señala que: “No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento”. No se trata, en realidad, de una impugnación directa, sino que, como en realidad, constituye una excepción o matización a la excepción que hemos anulado, su inclusión en el precepto carece de sentido y, por ello, un principio de seguridad jurídica obliga a su eliminación por innecesaria.

SEPTIMO. Se impugna también parte del apartado 2, párrafo segundo, del artículo 4 del Real Decreto, artículo dedicado a la regulación de la “Entrada” en el territo-

JURISPRUDENCIA • TS

rio español de los ciudadanos de la Unión Europea. Como regla general, y para tales ciudadanos, el apartado 1 señala que la entrada “se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular”.

En el apartado 2 se regula -con algunas diferencias- la entrada de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión Europea “que no posean la nacionalidad de los Estados miembros”, señalando al efecto que los mismos “efectuarán su entrada con un pasaporte válido y en vigor, necesitando, además, el correspondiente visado de entrada cuando así lo disponga el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. La expedición de dichos visados será gratuita y su tramitación tendrá carácter preferente cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él”.

Pues bien, en el párrafo segundo de dicho apartado 2 se contiene una excepción a la obligación de la presentación de visado por los expresados familiares, cuando los mismos estuvieren en posesión de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, disponiendo al efecto que “La posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, válida y en vigor, expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo, expedida por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener el visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requerirá la estampación del sello de entrada o de salida en el pasaporte”. La diferencia con la Directiva 38/2004/CEE (artículo 5.2) estriba, según los recurrentes en que en la norma comunitaria no se limita, como hace el apartado impugnado, exclusivamente, a las tarjetas expedidas por los Estados que aplican plenamente el Acuerdo de Schengen. En concreto, en el citado precepto de la Directiva, en su segundo inciso, sin ningún tipo de limitación se señala que “A los efectos de la presente Directiva, la posesión de la tarjeta de residencia válida contemplada en el art. 10 eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener visado”.

Procede su anulación no obstante haber perdido su objeto, pues, justamente, la modificación introducida en el citado artículo, apartado y párrafo por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, que Modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte

en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ha consistido en la supresión del mencionado inciso por las razones que en la Exposición de Motivos del nuevo Real Decreto se contienen, y que, en síntesis, coinciden y avalan las expuestas por los recurrentes: “Dicho Real Decreto 240/2007 regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Sin embargo, la aplicación de lo establecido en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/38 /CE y el artículo 4.2, segundo párrafo, del Real Decreto 240/2007, ha evidenciado la necesidad de proceder a la modificación en relación con los ciudadanos de la Unión Europea nacionales de un Estado miembro en cuyo territorio no se aplica el Convenio de Schengen, ya que a sus familiares nacionales de terceros países no se les permite la entrada en España por las autoridades del control de fronteras sin la obtención previa de un visado de entrada, a pesar de ser titulares de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. Por el presente Real Decreto se procede a la modificación del artículo 4.2 del Real Decreto 240/2007 a los efectos de que la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión expedida por cualquier Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo exima a estos familiares de la obligación de la obtención de visado de entrada”.

OCTAVO. Dentro, también, del artículo 9, al que ya antes nos hemos referido y dedicado a la regulación del “Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia”, se impugna por los recurrentes el párrafo segundo del apartado segundo.

El apartado 2 del precepto regula, en concreto, el supuesto de la ruptura familiar por el fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea, poniendo de manifiesto que, como regla general “El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el caso de miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, tampoco afectará a su derecho de residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho. Los familiares tendrán obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes”.

JURISPRUDENCIA • TS

El problema surge con la adición de un segundo párrafo, aquí impugnado, en el que se expresa que “Transcurridos seis meses desde el fallecimiento salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el familiar deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos”.

Pues bien, nuevamente nos encontramos con otra interpretación restrictiva de la Directiva 38/2004/CEE y con una transposición limitativa de derechos, que, en modo alguno contiene las restricciones a la continuación del derecho a la residencia, que en el precepto impugnado se vislumbran, para el supuesto del fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea. Efectivamente, el artículo 12.2 de la tan citada Directiva dispone que “el fallecimiento del ciudadano de la Unión no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido en el Estado miembro de acogida en calidad de miembros de su familia durante al menos un año antes del fallecimiento del ciudadano de la Unión”.

En síntesis, y frente a ello, el precepto interno español impugnado, impone:

a) La obligación de solicitar una autorización de residencia conforme al régimen general de extranjería, transcurridos seis meses desde el fallecimiento, y salvo en el supuesto de que se haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente.

b) Y, para ello, deberá demostrar, alternativamente:

1. Estar de alta en el régimen de la seguridad social como trabajador, bien por cuenta ajena, o propia; o,
2. La disponibilidad de medios económicos suficientes; o,
3. La integración en otra familia, en el país de acogida, de una persona que cumpla los anteriores requisitos.

Tal remisión al régimen general de extranjería (artículo 96.5 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2003) y el cumplimiento de las exigencias expresadas para la obtención de una nueva e independiente autorización de residencia, implica una extralimitación restrictiva en la función de transposición de la norma comunitaria que debe de ser depurada en atención al efecto directo del contenido de la Directiva 38/2004/CEE, que no puede servir de apoyo a la expresada restricción.

El párrafo segundo, del artículo 9.2 ha de ser suprimido y eliminado del Real Decreto 240/2007.

NOVENO. Hemos de rechazar la impugnación que los recurrentes realizan en el relación con el artículo 17 del Real Decreto 240/2007, dedicado a las “Garantías procesales” y que, en síntesis, viene a coincidir con el contenido del artículo 31 de la Directiva 38/2004/CEE.

El precepto impugnado -bien en su totalidad, bien solo respecto de los tres apartados de su número 1- señala que: “1. Cuando la presentación de recurso administrativo o judicial contra la resolución de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar, excepto si se da una de las siguientes circunstancias:

- a) Que la resolución de expulsión se base en una decisión judicial anterior.
- b) Que las personas afectadas hayan tenido acceso previo a la revisión judicial.
- c) Que la resolución de expulsión se base en motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a) y d) del presente Real Decreto.

2. Durante la sustanciación del recurso judicial, el interesado no podrá permanecer en territorio español, salvo en el trámite de vista, en que podrá presentar personalmente su defensa, excepto que concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública o cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio”.

Si bien se observa, son dos las garantías procesales que en el precepto se contiene:

1. En el apartado 1 se regula el derecho a la tutela judicial cautelar efectiva durante la tramitación de los recursos administrativos o jurisdiccionales formulados contra la orden de expulsión; y en concreto se dispone que la misma no podrá ejecutarse la expulsión “en sí hasta el momento en el que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar”. Esto es, se establece la garantía de la necesidad de la resolución expresa -administrativa o jurisdiccional- sobre la medida cautelar de suspensión de la expulsión antes de su ejecución o materialización efectiva. El carácter automático de la suspensión -o su obligación de adopción de oficio- que se reclama por las recurrentes no puede ser acogida, pues es el mismo artículo 31 de la Directiva el que condiciona la paralización de la medida de expulsión a la “solicitud de una orden provisional de suspensión”.

No obstante, el precepto contiene tres excepciones a la expresada regla general de la previa resolución expresa sobre la medida cautelar, que también son impugnados de forma subsidiaria. Las dos primeras implican que ha existido una previa intervención jurisdiccional, pues en el supuesto del apartado a) la expulsión es consecuencia

JURISPRUDENCIA • TS

de una decisión judicial anterior, y, en el apartado b) las personas afectadas han tenido acceso al previo control jurisdiccional. Por otra parte, la dicción del precepto es idéntica al del citado artículo 31.2 de la Directiva de referencia. Esta coincidencia también se produce en el apartado c): la concurrencia de “motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a) y d) del presente real decreto”. Dichos apartados a los que el precepto se remite implican una garantías suficientemente sólidas, tanto procedimentales como materiales, que superan las exigencias comunitarias; de una parte la medida de expulsión, basada en motivos de imperiosa seguridad pública, “Habrà de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia”, y, de otra parte, en cuanto a la valoración de las razones de seguridad pública el citado artículo 15.5.d) del Real Decreto señala que “deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas”.

2. La segunda garantía hace referencia a derecho de defensa y a la presencia durante la vista correspondiente tramitación de la revisión jurisdiccional, con dos excepciones:

a) Cuando “concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública”, supuesto al que le es de aplicación lo que acabamos de exponer del artículo 15.5.d) del mismo Real Decreto. Y,

b) “Cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio”, pues ello implicaría una automática suspensión de la prohibición de entrada, que constituye el objeto de la revisión.

DECIMO. Por el contrario, ha de prosperar la impugnación que se realiza en relación con un inciso del artículo 18.2 del Real Decreto, que regula la Resolución de la expulsión del territorio español. Dicho precepto dispone que: “Las resoluciones de expulsión fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el territorio español. Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata, en los demás supuestos se concederá al interesado un plazo para abandonarlo, que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se debe formalizar”.

Por tanto, y, obviamente, dejando al margen el régimen de las garantías que hemos examinado en el Fundamento anterior, de la necesidad del carácter motivado de la Resolución de expulsión, y de la necesaria información sobre la recurribilidad de las mismas, desde una perspectiva temporal, la regla general para proceder a la materialización de la citada expulsión es la concesión al interesado de un plazo que no podrá ser inferior a un mes; pero, con una excepción, que es la que se contiene en el inciso que se impugna: “Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata”. Dicha urgencia no puede anular las expresadas garantías de motivación de la resolución, notificación con información de recursos (con indicación de plazo y de la autoridad ante la que se pueden formular), y, sobre todo, posibilidad de su ejercicio; aun exigiéndose una debida justificación de la urgencia, la misma no puede impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y su posibilidad de suspensión cautelar.

En consecuencia, dicha expresión ha de ser suprimida.

UNDECIMO. A través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado se introducen en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sus nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea “no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007”, y, van a establecer la “Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”.

A) Pues bien, de la citada Disposición Adicional Decimonovena se impugnan dos aspectos o incisos:

Se trata -el de esta Disposición Adicional- de un régimen para aquellos familiares del ciudadano de la Unión Europea que no se contemplan en el ámbito subjetivo del Real Decreto impugnado; concretamente en su artículo 2º, que, en diversos aspectos hemos examinado. Así, la nueva Disposición Adicional del Real Decreto 2393/2004, dispone, en síntesis, que “Las Autoridades competentes facilitarán (...) la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a quien sin estar incluido en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, se halle en una de las siguientes circunstancias: a) Sea otro familiar con parentesco hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad ...” .

JURISPRUDENCIA · TS

Analizando conjuntamente ambas impugnaciones, y comparando el texto de la norma interna española con el de la Directiva comunitaria transpuesta, es evidente que se produce una restricción del ámbito subjetivo, que, para estos supuestos, contempla la Directiva en su artículo 3.2 .a) que se refiere a "cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 . Por ello el término "otro" ha de permanecer ya que es el mismo que utiliza la Directiva, pero la expresión "parentesco hasta segundo grado" implica una restricción interpretativa y una transposición limitada del concepto, más amplio, de "cualquier otro miembro de la familia".

Nada -si siquiera el posible deseo de concreción- puede posibilitar tal restricción, ya que la misma no es subjetiva, en la citada apartado, sino objetiva o material, pues no se trata de "cualquier otro miembro de la familia", sin más, sino que, en el país de procedencia, o bien ha de estar a cargo del ciudadano de la Unión Europea, o bien han de concurrir en el mismo motivos graves de salud o discapacidad, y, además, que resulte estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal".

La limitación, pues, impugnada -"parentesco hasta segundo grado"- debe de ser suprimida.

B) Resta, por último, el examen de la impugnación de la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007, y que, en concreto regula la "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

Para la adecuada comprensión del sentido y ámbito con el que cuenta esta Disposición Adicional Vigésima, hemos de realizar una distinción de regímenes jurídicos que se comprendían en el Real Decreto 240/2007 impugnado:

1º. El régimen general de los ciudadanos de otros Estados de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Es el régimen general aplicable en España a los ciudadanos de dichos Estados, y es el contenido general del Real Decreto (artículo 1º del Real Decreto).

2º. El régimen de los familiares de dichos ciudadanos a los que se refiere el artículo 2º del Real Decreto (cónyuge con matrimonio en vigor, pareja de hecho registrada, descendientes directos -o del cónyuge o pareja- y ascendientes directos -o del cónyuge o pareja-, pero (y esto era lo significativo) sin incluir a los familiares del ciudadano europeo español. La inclusión en el artículo 2, párra-

fo 1, del Real Decreto de la expresión "de otro Estado miembro", así lo implicaba. A estos familiares -de ciudadanos europeos no españoles- se les aplicaba, también, el régimen general del Real Decreto, con algunas matizaciones.

3º. Fruto de dicha matización o delimitación reglamentaria era necesario establecer un régimen específico para dichos familiares del ciudadano español (si se quiere, europeo y español), que, como acabamos de ver, se excluían, con la expresión de referencia, del artículo 2º del Real Decreto. Pues bien, este régimen es el que ahora se impugna, y que se contiene en la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007, que regula, según expresa la Disposición Adicional, la "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

4º. Régimen, por último, correspondiente a otros familiares del ciudadano de cualquier Estado miembro, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto impugnado; esto es, familiares distintos de los que se relacionan en el artículo 2º del Real Decreto. Pues bien, para estos, el régimen jurídico es el contenido en la Disposición Adicional Decimonovena del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en el que fue introducida, como sabemos, por la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007. En dicha Disposición Adicional se regula la "Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero".

Expuesto lo anterior, lo que ahora nos ocuparía sería el régimen que hemos definido y concretado en el anterior apartado 3º; mas, de inmediato, hemos de añadir que la existencia de dicho régimen -y la nulidad de la expresión que la sustentaba en el artículo 2º, primero ("de otro Estado miembro")- la hemos dejado sin efecto en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente sentencia.

Por tanto, desaparecido dicho régimen especial, y equiparados los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles, que se sitúen en el ámbito subjetivo del artículo 2º

JURISPRUDENCIA · TS

Real Decreto 240/2007, debe, obviamente, y por las mismas razones allí expuestas, desaparecer el contenido de dicho régimen, que se contiene en la Disposición Final Tercera 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (a la sazón Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre).

DUODECIMO. No concurren los requisitos del artículo 139 en orden a una condena en las costas del recurso.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS¹⁴⁷

1.º Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D X, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones pro Inmigrantes en Andalucía «Andalucía ACOGE» y de la Asociación pro Derechos de Andalucía, contra el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

2.º Que del expresado Real Decreto anulamos los siguientes Artículos, apartados o Disposiciones:

a) Artículo 2º, párrafo primero: la expresión «otro Estado miembro».

b) Artículo 2º. La expresión «separación legal» que se contiene en los apartados a), c) y d) del citado artículo 2º.

c) Artículo 9º. La misma expresión «separación legal» que se contiene (i) en el enunciado del precepto, (ii) en su apartado 1, (iii) en su apartado 4, y (iv) en su apartado 4.a).

d) Artículo 9º. La expresión «cónyuge separado legalmente» que se contiene en el artículo 9.4.d).

e) Artículo 2º. La expresión «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» que se contiene dentro de su párrafo 1, apartado b).

f) Artículo 3º. La expresión «exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente Real Decreto», que se contiene en el apartado 2, párrafo primero.

g) Artículo 3º. La expresión «No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad

laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento», contenida en el párrafo segundo del apartado segundo del precepto.

h) Artículo 4º. La expresión «expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo», contenida en el párrafo segundo del apartado 2º.

i) Artículo 9. La expresión «Transcurridos seis meses desde el fallecimiento salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el familiar deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos», que constituye el párrafo segundo del apartado 2 del precepto.

j) Artículo 18. La expresión «Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata», que se contiene en el apartado 2 de dicho precepto.

k) Disposición Final Tercera, apartado Uno (Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre). La expresión «parentesco hasta segundo grado» que se contiene en su párrafo primero, apartado a). Así como la palabra «otro» de la expresión «ciudadano de otro Estado miembro», del mismo apartado.

l) Disposición Final Tercera, apartado Dos (Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre).

3.º Que el presente Fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

4.º Que no imponemos las costas del recurso.

¹⁴⁷ El contenido del Fallo que se transcribe es el que resulta de las correcciones efectuadas que se explican en la primera nota del comentario posterior a esta Sentencia.