AUTORAS:
Isabel Aramburu Muñoz
Mercedes Chato Franco
Belén Martín María
Rosa Pérez-Villar Aparicio

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

COORDINADORA:
Rosa Pérez-Villar Aparicio

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA

Custodia compartida

AUTORAS :

Isabel Aramburu Muñoz
Mercedes Chato Franco
Belén Martín María
Rosa Pérez-Villar Aparicio

COORDINADORA:

Rosa Pérez-Villar Aparicio

A nuestras familias, por su apoyo y comprensión, pese a los momentos que hemos dejado de disfrutar y, en particular, a nuestras parejas por que han sabido no solo compartir sino asumir, casi en exclusiva, el cuidado de nuestros hijas e hijos, durante la elaboración de este Estudio.

Agradecimientos:

Las autoras agradecemos la colaboración prestada por los Ministerios de Justicia y Embajadas de los siguientes países:

- CHIPRE
- DINAMARCA
- ESLOVAQUIA
- ESLOVENIA
- HUNGRIA
- LETONIA
- LITUANIA
- MALTA
- PAISES BAJOS
- POLONIA
- PORTUGAL
- REPUBLICA CHECA

Asimismo queremos agradecer la ayuda desinteresada que nos han proporcionado las siguientes personas en tareas de traducción, búsqueda de documentación y labores de corrección:

- FRANCISCO ARAMBURU MUÑOZ
- AJMAL AZAM
- PABLO CABEZÓN
- HELEN DARBISHIRE
- MARINA FAGGIONATO
- THOMAS KONOGEORGOS
- PAOLA PEREZ-VILLAR APARICIO
- ERASMIA ROUMANA
- PAOLA SAMPO
- ASUNCIÓN SOLANO MORÓN
- PETRA TEACHER

ÍNDICE

Agradecimientos pág. 2

I.- INTRODUCCIÓN pág. 5
II.- METODOLOGÍA pág. 7
III.-TERMINOLOGÍA pág. 9
IV.- LEGISLACIONES QUE CONTEMPLAN EXPRESAMENTE LA MODALIDAD DE LA "CUSTODIA COMPARTIDA". pág. 11
a) España pág. 11
b) Bélgica pág. 27
c) Francia pág. 33
d) Inglaterra y Gales pág. 39
e) Italia pág. 45
f) República Checa pág. 49
g) Consideraciones Finales pág. 53

V.- LEGISLACIONES QUE NO CONTEMPLAN EXPRESAMENTE LA MODALIDAD DE LA "CUSTODIA COMPARTIDA". pág. 55
V. I.- Introducción pág. 55
V.II.- Países objeto de estudio: pág. 56
a) Alemania pág. 56
b) Austria pág. 57
c) Bulgaria pág. 59
d) Chipre pág. 60
e) Dinamarca pág. 61
f) Eslovenia pág. 62
g) Estonia pág. 63
h) Finlandia pág. 64
i) Grecia pág. 66
j) Holanda pág. 67
k) Hungría pág. 68
l) Irlanda pág. 69
m) Letonia pág. 70
n) Lituania pág. 71
o) Luxemburgo pág. 72
p) Malta pág. 73
q) Polonia pág. 74
r) Portugal pág. 75
s) Rumania pág. 76
t) Suecia pág. 77

VI.- Anexo I "CUESTIONARIO CUSTODIA Y RESPONSABILIDAD PARENTAL" pág. 81
Anexo II "REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003 DEL CONSEJO" pág. 83
Anexo III "JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES" pág. 113
VII.- Bibliografía pág. 127

I.- INTRODUCCIÓN

La Ley 15/ 2005 de 8 de Julio, introduce por primera vez de forma expresa en nuestro Derecho la figura de la, mal llamada, *"custodia compartida"*. El debate social que suscitó, y suscita, dicha figura y su justificación por parte de algunos sectores, amparándose en la existencia de este sistema en todas las legislaciones de nuestro entorno, ha despertado el interés en conocer la regulación específica de esta forma de custodia.

La carencia de publicaciones sobre la materia motivó que la Asociación de Mujeres Juristas Themis decidiera llevar a cabo un Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la figura de la *"custodia compartida"*.

Ante la dificultad de llevar a cabo la recopilación y estudio de las legislaciones extranjeras, se optó por circunscribir la presente investigación únicamente a los países pertenecientes a la Unión Europea, por entender que su sistema social y su idiosincrasia son similares a los de nuestro país y, por ello, podría resultar de interés el análisis de su normativa en este particular. Por otro lado, las relaciones personales y familiares que se constituyen entre miembros de distintos estados comunitarios, fenómeno cada vez más frecuente por la libre circulación de ciudadanos y ciudadanas dentro de la Comunidad, hace necesario el conocimiento de esta materia, a fin de resolver los conflictos que puedan surgir en relación con sus hijos e hijas en el momento de la ruptura de la pareja. Este criterio de utilidad fue también relevante para delimitar el ámbito de la investigación.

II.- METODOLOGÍA

El análisis de legislación ha requerido recopilar los textos legales de los distintos países en materia de responsabilidad parental y en materia de separación y divorcio. Para la búsqueda de la normativa específica se ha recurrido a bibliotecas, embajadas, colegios de abogados, asociaciones profesionales de jueces y abogados, ministerios de justicia y familia, universidades y otros organismos, públicos y privados y también, en algunos supuestos, la legislación se ha obtenido a través de páginas de internet.

Siendo el objetivo de la investigación no solo analizar la legislación de los países comunitarios, sino también conocer en qué forma se desarrolla en la práctica el sistema de *"custodia compartida"*, así como obtener un conocimiento exacto de la terminología jurídica utilizada en cada país para denominar las instituciones que en España se denominan patria potestad y guarda y custodia, se procedió a la elaboración de un cuestionario que, previamente traducido al ingles, fue remitido a las instituciones y organismos anteriormente indicados.

En este cuestionario, además de demandar información sobre los aspectos que consideramos relevantes de cara a la investigación, se solicitaba la definición que en cada país comprendían los distintos conceptos a estudiar en el presente trabajo, fundamentalmente dos: *"Responsabilidad parental"* y *"Custodia compartida"*. Se ha unido como anexo del Estudio el modelo del cuestionario elaborado.

La colaboración obtenida a través de estas instituciones fue ciertamente deficitaria no habiendo obtenido ninguna respuesta en muchos de los casos.

Una vez recopilados todos los textos legales, éstos junto con los cuestionarios que, una vez cumplimentados, nos fueron remitidos, se procedió a su traducción a través de profesionales con conocimientos jurídicos. En algunos de los países estudiados no solo se ha trabajado con el texto legal y en su caso el cuestionario, ambos traducidos, sino también se ha utilizado bibliografía en español, inglés, francés e italiano, manejada por las autoras en sus textos originales.

Para dotar de una finalidad práctica al estudio y que pueda ser utilizado como instrumento de consulta y con la intención de conseguir una claridad en los distintos conceptos que se manejan en las legislaciones se estructuró el análisis en los siguientes epígrafes:

1. Concepto de Responsabilidad Parental.

2. Titularidad de la Responsabilidad Parental.

3. Ejercicio de la Responsabilidad Parental.

4. Regulación de la custodia.

La riqueza lingüística de los distintos idiomas así como los conceptos jurídicos y los términos utilizados en las distintas legislaciones para denominar situaciones similares, pero no idénticas, ha supuesto una dificultad que nos ha llevado en primer término a delimitar los distintos conceptos jurídicos, como se expone en el siguiente epígrafe.

III.- TERMINOLOGÍA

Al realizar el análisis de la situación de los países objeto del presente estudio, se ha constatado que, en muchos de ellos, no se establece la diferenciación que existe en nuestro ordenamiento jurídico entre los conceptos de patria potestad y custodia, de tal forma que en sus legislaciones el/la progenitor/a custodio/a es el/la que asume en exclusiva la responsabilidad sobre el o la menor y quien tiene la facultad de decidir cualquier aspecto de la vida de su hijo y de su hija, excluyendo al/la progenitor/a no custodio/a de cualquier toma de decisiones.

De esta situación, deriva la confusión existente en relación con el término *"custodia conjunta o compartida"*, que viene provocada al traducir de manera literal el término anglosajón *"joint custody"*, cuando, utilizando nuestra terminología, debería entenderse referido a la patria potestad y no a la guarda y custodia.

Para salvar las diferencias, tanto terminológicas como conceptuales, existentes en las distintas legislaciones, se ha optado por utilizar los términos recogidos y definidos en la legislación comunitaria y más concretamente en el Reglamento CEE nº 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, término éste último que, además, está generalizado en la mayoría de las legislaciones estudiadas.

Así, 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 conceptos:

- *"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."*

- *"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 período de tiempo limitado."*

Con la definición que se recoge en el Reglamento citado respecto del contenido del término *"custodia"*, con un concepto mucho más amplio que el concede el derecho civil español, que faculta al/a la progenitor/a custodio/a para elegir el lugar de residencia de los hijos e hijas comunes, se comprende bien la confusión semántica y de conceptos que se ha expuesto con anterioridad; en cualquier caso y para salvar no sólo las diferencias terminológicas, sino también conceptuales de las legislaciones estudiadas, se ha definido el alcance y significado de los términos en cada una de ellas y se ha procedido al análisis de la situación fáctica, de forma que el criterio seguido para determinar qué países regulaban la, denominada por nuestro ordenamiento *"custodia compartida"*, ha sido el de que la residencia de los hijos e hijas comunes estuviera fijada de forma alterna con uno y otro progenitor/a y que esta alternancia se reflejase expresamente en el texto legal.

a.- España

La legislación española regula la materia objeto del presente estudio en el Código Civil en la reforma operada a través de la Ley 15/2005 de 8 de Julio.

A pesar de que como se ha indicado en la introducción del presente trabajo se va a utilizar, con carácter general, el término responsabilidad parental, por las razones ya explicitadas, en lo que respecta al análisis de la legislación española se ha decidido mantener el término de patria potestad porque es la terminología contenida en el Código Civil.

I.- CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Para delimitar el concepto de patria potestad debemos de 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 e hijas y, en segundo lugar, el deber de los padres de prestar a los hijos y las hijas 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 que, en principio, y como dispone el artículo 154 Cc. corresponde conjuntamente al padre y madre.

El Código Civil español no define el concepto de patria potestad y su significado se obtiene de diversos preceptos: artículos 154, 156, 162, entre otros, pudiendo definirse como el conjunto de derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico concede a los progenitores a fin de poder realizar las funciones de cuidado, atención y educación de sus hijos e hijas.

Varias son las notas características de la patria potestad:

- *Se trata de un conjunto indisoluble de derechos-deberes.*
- *Surge como consecuencia de la filiación -ya sea ésta biológica o adoptiva-.*
- *Se ejerce siempre en beneficio de los hijos e hijas menores de edad o incapacitados.*
- *Se ejerce de forma conjunta por ambos progenitores.*

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

a) 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 e hijas, tenerlos en su compañía, procurándoles una educación integral, y,

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

No hay más referencia en el Código al concepto de patria potestad pues aunque el Código Civil en el articulado referido a la patria potestad se encarga de regular otros aspectos de dicha institución jurídica tales como sus titulares, el momento de su extinción, etc.., nos deja huérfanos de una definición más precisa, trabajo que han resuelto tanto la doctrina como la jurisprudencia, llegando a la concepción actual en que la patria potestad se configura más como una función con un contenido social que debe ser realizada siempre en interés del y de la menor que como un derecho, como ya señaló la STS de fecha 11 de octubre de 1991:

"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 adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales -en este caso de interés familiar- que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico".

La Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo con fecha 24 de Abril de 2000 (nº 415/2000, rec. 995/1995. Pte: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio) mantiene la misma línea doctrinal y 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 art. 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 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)."

Lo que viene a significar que en la actualidad la patria potestad se asienta en dos principios fundamentales que son los de la inderogabilidad e irrenunciabilidad de la titularidad de la misma, de tal suerte que la autonomía de la voluntad solo alcanzará a regular las formas de ejercicio de la misma.

II.- TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

Hasta el año 1981 la titularidad de la patria potestad correspondía solo al padre, y la reforma introducida por la Ley 11/1981 de 13 de Mayo puso fin a esta situación, claramente discriminatoria para la mujer y por ende inconstitucional, modificando el artículo 156 del Código Civil, en su redacción actual en la que se establece:

"la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro…".

A partir de dicha reforma la regla general es la de la titularidad conjunta de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, lo que significará que ambos progenitores tendrán que actuar de forma consensuada en el ejercicio de dicho derecho-deber; esta regla general se exceptúa en los siguientes supuestos:

a) Cuando uno de los progenitores haya sido declarado fallecido o incapaz. -artículo 169.1º Cc-.

b) Cuando el progenitor haya sido condenado a través de Sentencia penal firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación -art. 111.1° Cc.-

c) Cuando la filiación se haya determinado por Sentencia firme contra la oposición de uno de los progenitores -artículo 111.2° Cc.-

d) Cuando uno de los progenitores haya sido privado de su potestad sobre los hijos e hijas por Sentencia fundada en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma -artículo 170 Cc.-.

Del estudio de la jurisprudencia puede concluirse que la privación de la patria potestad se acuerda con carácter restrictivo, cuando sus titulares hacen dejación de la misma o realizan un ejercicio gravoso y perjudicial para los y las menores sujetos a potestad y por tanto su mantenimiento supondría un daño para los mismos; mas que una sanción al/a la progenitor/a incumplidor/a implica una medida de protección del niño y de la niña, que debe ser adoptada en su beneficio.

En este sentido se pronunció la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 31 de diciembre de 1996, recurso 1743/1993, al enjuiciar un parricidio cometido contra la esposa:

"TERCERO.- ...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, mas que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil...

CUARTO.- ...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 propio artículo 154 del Código civil...".

III.- EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Al establecerse la titularidad de la patria potestad de forma conjunta, el ejercicio de esta responsabilidad corresponde igualmente a ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 Cc., disponiendo dicho texto legal que serán válidos los actos que realice uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

Ahora bien, el último párrafo del referido articulo 156 Cc. establece lo siguiente:

"Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo 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"

Del tenor literal de dicho texto legal parece derivarse que la regla general es:

- El ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, en supuestos de convivencia, y

- El ejercicio unilateral en los supuestos en que los progenitores no convivan.

  En base a lo anterior se podría inferir que en supuestos de separación, nulidad o divorcio o ruptura de parejas de hecho el/la progenitor/a custodio/a tendría posibilidad de ese ejercicio unilateral. Pero ello no es así, pues la interpretación más generalizada viene a considerar que es de aplicación esta previsión legal, únicamente en aquellos supuestos en los que no se haya formalizado judicialmente la ruptura.

  Por tanto, 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 atribución de la patria potestad compartida a ambos progenitores, lo que no obsta para que en determinados supuestos se atribuya el ejercicio total o parcial a uno de los progenitores, con base en el interés del y de la menor, mediante acuerdo de aquellos o por decisión judicial.

  Cuando surgen desacuerdos entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad nuestro Código Civil contempla las siguientes soluciones:

- Si se trata de un desacuerdo puntual, sobre un asunto concreto, tras oír a los progenitores y al hijo o la hija, menor de edad y mayor de 12 años, el/la Juez/a atribuirá la facultad de decisión a uno de los progenitores -artículo 156.2º Cc.-.

- Si se trata de un desacuerdo que alcance a varios asuntos o tenga lugar de forma reiterada, el/la Juez/a podrá optar por una de estas tres soluciones, que se adoptarán por un plazo no superior a dos años:

  - Atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno/a de los progenitores.

  - Atribución parcial del ejercicio de la patria potestad a uno/a de los progenitores para tomar decisiones en los supuestos conflictivos.

  - Distribución de funciones entre ambos cotitulares de la patria potestad para que cada uno de ellos tome las decisiones en el área que le ha sido atribuida. -artículo 156, 2º párrafo, segundo inciso Cc.-.

  Nuestro ordenamiento jurídico también configura la posibilidad de privar total o parcialmente de la patria potestad, privación que deberá realizarse mediante Sentencia dictada en una causa penal en los siguientes supuestos:

  - El inculpado por violencia de género podrá ser suspendido del ejercicio de la patria potestad -artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de Diciembre-.

  - El artículo 153 del Código Penal prevé la inhabilitación especial para ejercicio de la patria potestad por tiempo de hasta cinco años cuando la ofendida sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Si la victima del delito fuera alguna otra de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, es decir, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o incapaces que con el convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento, o guarda de hecho del cónyuge conviviente, la inhabilitación será por tiempo de seis meses a tres años.

  - También se prevé la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de los delitos de lesiones graves (artículo 148 Código Penal), amenazas (artículo 171 Código Penal), coacciones (artículo 172 Código Penal) y en los casos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (artículo 192 Código Penal).

IV.- CONFIGURACIÓN DE LA "GUARDA Y CUSTODIA" EN LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

IV.- 1. REGULACIÓN DE LA "GUARDA Y CUSTODIA"-

El artículo 154 Cc. al regular los deberes y facultades que configuran la patria potestad los desglosa en dos grandes grupos:

- Aquellos deberes de contenido patrimonial relativos a la representación y administración de los bienes de los hijos e hijas sometidos/as a potestad.

- Aquellos deberes de contenido personal, cuales son los deberes de *"Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral"*

Y resulta obvio que en los supuestos de ruptura y de cesación de convivencia de los progenitores es cuando, al menos uno de los derechos-deberes que configuran la 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 configurando 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, que se ha venido acuñando jurisprudencialmente y que ha sido introducido, de forma expresa, en nuestro texto legal con motivo de la reforma operada a través de la Ley 15/2005 de 8 de Julio de Modificación del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio.

La reforma antedicha sigue sin definir ni delimitar el concepto de *"guarda y custodia"*, y mezcla de forma indistinta términos y expresiones como *"guarda"*, *"guarda y custodia"*, *"guarda conjunta"*, *"cuidado de los hijos"*, *"progenitor que no tenga consigo a sus hijos"* de una forma bastante caótica y poco uniforme, y, así:

El artículo 90 Cc. en su nueva redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de Julio cuando se refiere al contenido del 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 Cc. en su nueva redacción se refiere de forma indistinta al *"ejercicio compartido de la guarda y custodia"* y *"guarda conjunta"* -vid. artículo 92.5, 92.6, 92.7 Cc.-

El artículo 94 Cc. nos habla de *"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…"* para referirse al progenitor no titular de la guarda y custodia.

El artículo 103 Cc. se refiere a:

"1: Determinar, en interés de los hijos, con cual de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos…"

Es decir, a cual de los cónyuges se encomienda la custodia de los hijos menores, y a continuación establece:

"… 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 con ellos y tenerlos en su compañía"

Se ha dejado pasar, por tanto, una oportunidad para proceder a la unificación terminológica de la que adolece el Código Civil al referirse, en definitiva, al hecho de la convivencia con uno de los progenitores, de los hijos e hijas sometidos a patria potestad pues como hemos visto 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 con respecto a sus hijos e hijas:

- Velarles.
- Tenerles en su compañía.
- Alimentarles.
- Educarles.
- Procurarles una formación integral.
- Representarles.
- Administrar sus bienes.

Ahora bien, es evidente que, sin perjuicio de que todas y cada una de las obligaciones enumeradas anteriormente y relacionadas en el artículo 154 Cc. como integrantes de la patria potestad pueden ser asumidas de forma conjunta por ambos progenitores en los supuestos de separación, divorcio, nulidad y en la ruptura de las parejas de hechos, no es menos obvio que no puede compartirse la convivencia.

Por ello y sin perjuicio de que la patria potestad siga siendo compartida el/la progenitor/a que convive habitualmente con los hijos e hijas sometidos a potestad viene obligado/a a realizar una serie de funciones que podríamos denominar domésticas, derivadas del quehacer diario, tales como, alimentación, seguimiento y ayuda en los estudios, revisiones médicas, atenciones en casos de enfermedad común, establecimiento de normas de higiene, imposición de normas de disciplina, etc, etc.., y todas estas tareas que deben realizarse respecto de los hijos e hijas y que son solo una parte del concepto más amplio de lo que entendemos por *"educación"* cuya competencia corresponde a ambos progenitores -tanto por disposición legal como por exigencia moral- responden al contenido de lo que jurisprudencialmente se ha configurado como deberes de *"guarda y custodia"*

Lo anterior no significa, en absoluto, que el/la progenitor/a no custodio/a quede excluido de las funciones derivadas de la patria potestad ya que quedan intactas para él o para ella todas las facultades enumeradas en el artículo 154 Cc. y derivadas de su titularidad lo que, en la práctica se traduce en el hecho de que todas aquellas decisiones que vayan a afectar de una forma determinante a la vida del y de la menor deben ser tomadas de mutuo acuerdo por ambos progenitores y, en caso de desacuerdo, someter la decisión a los Tribunales, de tal suerte 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 de colegio, etc.)

- Aquellas decisiones relativas a la elección del lugar de residencia,

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

Y ello por ser materias que afectan a la esfera de la patria potestad ya que indudablemente van a tener una incidencia directa en el desarrollo emocional y futuro de los y las menores y compete a ambos progenitores decidir sobre las mismas.

Como se ha expuesto nuestro ordenamiento jurídico proporciona recursos para que ello sea así y en aquellos supuestos en que se produzca el desacuerdo de los progenitores en relación con alguna de las materias antes indicadas, -por ejemplo la decisión de cambiar al y

a la menor de colegio, o la decisión relativa al tipo de educación religiosa que debe recibir, la conveniencia de algún tratamiento médico etc..,- cualquiera de ellos podrá acudir al Juez, quien después de celebrar una comparecencia en la que oirá las razones de uno y otro progenitor a favor o en contra de la decisión a adoptar y después de oír al y a la menor, siempre que tenga suficiente juicio, o en su caso, siempre que fuera mayor de doce años, deberá atribuir la facultad de decisión, única y exclusivamente sobre el asunto sometido al Tribunal, a uno de los progenitores. -artículo 159 Cc.-

De tratarse de una situación en que los desacuerdos sean reiterados o concurra alguna causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Tribunal podrá atribuir total o parcialmente el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores o bien distribuir entre ellos las funciones de tal forma que a uno puede encomendarse, por ejemplo, aquellas decisiones relativas a la salud, educación y al otro la administración de los bienes, debiendo establecerse esta medida con carácter temporal que no podrá exceder nunca de dos años -artículo 156 segundo párrafo Cc.-

Por tanto es perfectamente compatible la atribución a uno de los progenitores de la custodia de los hijos e hijas menores y mantener de forma compartida el ejercicio de la patria potestad, máxime cuando el propio ordenamiento está facilitando instrumentos para evitar que el/la progenitor/a custodio/a 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 e hijas comunes de una forma compartida.

IV.- 2. - CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO

El criterio inspirador que rige en materia de custodia, como ocurre en todas las legislaciones estudiadas es el beneficio del y de la menor, y es este principio del *"bonum filii"* el que debe ser tenido en cuenta de forma preferente para realizar la atribución de la custodia en los supuestos de no convivencia.

La protección y amparo de los y las menores es una prioridad reconocida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989 ratificada por España (B.O.E. 31-12-1990) Instrumento de Ratificación de 30 de Noviembre 1990, en el artículo 39 de la Constitución Española, en numerosos artículos del Código Civil y en la LO 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor.

Ahora bien, este principio de difícil definición y que ha sido concretado jurisprudencialmente no cabe duda de 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 haciendo en la práctica de nuestros Tribunales.

La Ley 30/1981 de 7 de Julio por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil e introdujo la figura del divorcio en nuestro país, no expresaba criterio alguno orientador 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 e hijas menores de siete años…" ,* salvo excepciones.

Esta imposición desapareció como consecuencia del cambio legislativo operado a través de la Ley 11/1990 de 15 de Octubre de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que modificó el artículo 156 Cc. en su redacción actual, no recogiéndose tampoco 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 hermanas, y por supuesto, el criterio del interés del y de la menor.

Nuestra jurisprudencia ha ido formando un criterio más o menos uniforme respecto de las circunstancias a tener en cuenta al momento de tomar la decisión de atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas menores, y éstos son, además del *"bonum filii"* como principio máximo rector, el de la idoneidad de aquel de los progenitores a quien se encomienda la custodia, bien porque durante la convivencia se haya venido ocupando personalmente del cuidado y atención de los y las menores, bien porque los horarios laborales de uno y otro cónyuge así lo aconsejen, bien por la estabilidad personal o emocional, etc.

Todo ello unido a la edad de los hijos e hijas o a la recomendación de no separar a los hermanos y hermanas, prevista en el artículo 92 Cc., han sido los elementos que han servido de base para llevar a cabo la atribución de la guarda y custodia.

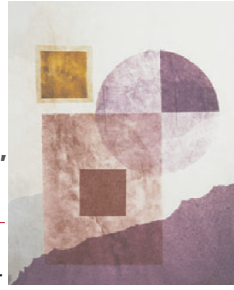
Hasta la reforma de 2005 la figura de la *"custodia compartida"* no ha sido contemplada de forma expresa en nuestra regulación legal, lo que no significaba que esta modalidad de custodia estuviera expresamente prohibida pues lo cierto es que, con carácter excepcional, nuestra Jurisprudencia ha asumido este tipo de custodia, y así podemos encontrar diferentes supuestos en los que se ha impuesto por el Tribunal un sistema de custodia alterna.

TC Sala 2ª, S 15-1-2001, nº 4/2001, rec. 3966/1997, BOE 41/2001, de 16 febrero 2001. Pte: Vives Antón, Tomás S.

"TERCERO.- Desde la perspectiva del art. 24.1 CE la demandante considera que la resolución judicial impugnada es inmotivada, incongruente y generadora de indefensión. Sin embargo el análisis de las actuaciones nos lleva a descartar las lesiones de derechos fundamentales que justificarían tales calificativos.
Así, su lectura pone de relieve que la Sentencia de 1 de septiembre de 1997 parte de cuya fundamentación ha sido transcrita en el antecedente 2, letra c) de esta resolución-, no carece de motivación, pues, cumpliendo esta exigencia constitucional (STC 187/2000, de 10 de julio), 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 propia casa, y que 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 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, en el extremo analizado, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4)."

Del examen 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. Esta situación de paridad debe darse tanto a nivel de medios económicos como a nivel de dedicación al cuidado y atención de los y las menores, referidos siempre al periodo de la convivencia, lo que permitiría a ambos progenitores seguir corresponsabilizándose del cuidado de los hijos e hijas comunes.

Asimismo y al no contemplar la anterior legislación una prohibición expresa de este modo de custodia era factible que los propios progenitores pactaran, en un proceso de muto acuerdo, un modelo de custodia alterna, situación que también se permite en la practica totalidad de los países estudiados, en los que cabe la posibilidad legal de establecer una custodia alterna si se alcanza ese acuerdo.



IV.-3.- EXAMEN DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA "CUSTODIA COMPARTIDA" EN LA LEY 15/2005.

La novedad introducida por la Ley 15/2005 de 8 de Julio, en lo que a esta materia se refiere, consiste precisamente en la regulación de forma expresa de la llamada *"custodia compartida"* o *"guarda conjunta"*

La ley 15/2005 no ofrece información alguna sobre cual es el alcance de la mal llamada, a nuestro entender, *"custodia compartida"* ni de cómo se va a llevar a cabo.

Se plantean, por ello, muchos interrogantes y surgen muchas 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 y las menores repartan su convivencia de forma proporcional entre sus progenitores, o bien si lo que verdaderamente se ha pretendido con la introducción de esta modalidad de custodia es simplemente implicar a ambos progenitores en el cuidado y educación de los hijos y las hijas de una forma igualitaria, incrementando un régimen de comunicaciones de los y las 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 e hijas.

Se trata por tanto de un término nuevo que carece de un significado técnico en nuestro ordenamiento jurídico y con él el legislador del año 2005, al parecer, ha querido regular, la posibilidad de un reparto equitativo de tiempos en la convivencia de los progenitores con sus hijos e hijas en los supuestos de crisis matrimonial o ruptura de parejas de hecho, bien a través de una alternancia en la convivencia, bien mediante una ampliación de los tiempos de estancia con uno y otro, pues al no definirse el término *"custodia compartida"* y no regularse en qué forma se va a llevar a cabo, tendrán que ser los Tribunales quienes realicen esa labor de definición y concreción de dicha figura.

Tampoco la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 de 8 de Julio, arroja luz alguna sobre esta materia, ya que es muy parca en explicaciones, y poca luz arroja sobre el modelo perseguido con la reforma [1].

Lógicamente el hecho de compartir el cuidado de los y las menores, exige un acto de voluntad por parte de ambos 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 que haga fluida la alternancia de los hijos e hijas con cada uno de ellos, y que haga factible esa comunicación constante y habitual que requiere la tarea de educar a un o una menor, circunstancias que difícilmente confluyen en los supuestos en los que no existe acuerdo.

Con ocasión de la reforma operada por la Ley 15/2005 de 8 de Julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en lo que respecta a la materia objeto del presente estudio, resultan afectados los artículos 90.1.a y 92 Cc. que pasan a tener la siguiente redacción:

> *"Articulo 90.1.a : El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:*
>
> > *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..."*

[1] "Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos 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 la potestad". Exposición Motivos Ley 15/2005 8 de Julio.

La modificación introducida no aporta nada nuevo al texto anterior y sigue permitiendo a ambos progenitores la regulación de la forma en que vayan a ejercitar la patria potestad sobre los hijos e hijas comunes y el establecimiento de común acuerdo del régimen de comunicación entre los hijos e hijas con el/la progenitor/a con quien no convivan habitualmente.

Artículo 92:

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

2. 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.

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

4. 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 unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. 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.

6. 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 y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. 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.

8. 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.

9. 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."

El principal cambio se contiene en la nueva redacción del articulo 92 Cc. cuyo examen procedemos a realizar de forma pormenorizada.

a) Articulo 92, 2º Cc.:

"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."

Se hace desaparecer como exigencia imperativa la audiencia de los hijos e hijas menores de edad y mayores de doce años, que se recogía en el articulado anterior, manteniéndose

la prescripción legal contenida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor de fecha 15 de Enero, en orden a garantizar el derecho de los y las menores a ser oídos/as.

Resulta, a nuestro juicio, muy acertada la desaparición de la exigencia de intervención de los hijos e hijas mayores de doce años en los procesos de ruptura de sus progenitores, pues evita a los y las menores un conflicto de lealtades que en algunas ocasiones se les planteaban.

b) Artículo 92, 4º Cc.:

" 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 unos de los cónyuges."

Tampoco supone novedad alguna la nueva redacción de este apartado ya que la posibilidad de atribuir el ejercicio de la patria potestad de forma total o parcial a uno de los progenitores ya estaba contemplada en el antiguo articulado, supuestos además que se aplican con carácter verdaderamente excepcional.

c) Artículo 92, 5º Cc.:

" Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. 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."

Se mezclan en este apartado las disposiciones relativas a los procesos de común acuerdo y a los procesos contenciosos. El nuevo texto legal permite de forma expresa el ejercicio conjunto de la guarda y custodia de los hijos e hijas cuando los progenitores hayan alcanzado un acuerdo al respecto, bien porque lo hayan plasmado en un Convenio Regulador, bien porque lo hayan logrado durante la tramitación del procedimiento contencioso.

El legislador establece con carácter imperativo, la obligación del Juez de adoptar *"...las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda, procurando no separar a los hermanos..."* sin especificar a qué tipo de cautelas se está refiriendo, sin especificar si estas cautelas deben también adoptarse en los supuestos de común acuerdo o solo en los supuestos contenciosos, por tanto quedarán al arbitrio judicial.

d) Articulo 92, 6º Cc.:

"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 y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda."

El texto del precedente apartado es una muestra patente de la desconfianza del propio legislador ante la instauración de este régimen de custodia ya que impone al/a la Juez/a una serie de condiciones que, *"en todo caso"* deberá cumplir:

- Recabar el Informe del Ministerio Fiscal; ello no es novedoso dado que la intervención del Ministerio Público es preceptiva en todos aquellos supuestos en que se ventilen intereses de menores. -artículo 3.7 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal-

- Oír al y a la menor que tengan suficiente juicio, si lo pide alguna de las partes en el procedimiento, si lo acuerda el propio Tribunal de oficio, o lo solicita el

Ministerio Fiscal, el Equipo Técnico Judicial o el propio menor, configurándose esta audiencia como un derecho del y de la menor.

- Valorar las alegaciones de las partes.
- Valorar la relación existente entre los progenitores y entre los progenitores y los hijos e hijas.

Al no realizarse distinción alguna entre los procedimientos seguidos de común acuerdo y los procedimientos contenciosos, entendemos que todas estas previsiones podrán ser de aplicación en ambos tipos de procedimiento.

e) Artículo 92, 7º Cc.:

"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."

El apartado 7º del artículo comentado contiene una prohibición absoluta de acordar la guarda conjunta cuando concurran los presupuestos que la norma establece:

- Estar incurso/a en un proceso penal por los delitos descritos, y
- Existir indicios fundados de violencia doméstica.

Con respecto a la primera de las exigencias -estar incurso/a en un proceso penal iniciado por infracciones penales contra los bienes jurídicos reseñados-, al no referirse el precepto expresamente a delitos, según la opinión mayoritaria, esta prohibición alcanzaría no solo a los delitos, sino también a las faltas del artículo 620 del Código Penal, existiendo discrepancias en cuanto a la inclusión del delito de abandono de familia en su modalidad de impago de alimentos.

También han surgido interrogantes en relación a la interpretación que debe darse a la expresión *"estar incurso"* que se recoge en el Código Civil, pues el alcance de la expresión deja en duda si es necesaria una Sentencia condenatoria, o bien si es suficiente la denuncia de la víctima, o por el contrario si se exige la incoación del proceso penal. La interpretación mayoritaria se muestra a favor de considerar que es necesaria la incoación del proceso penal.

Por tanto la custodia alterna, queda excluida de forma imperativa -*"no procederá"*- cuando se produzca este supuesto en la práctica, no quedando lugar para interpretación alguna pues se trata de una imposición legal que obliga al Tribunal a no conceder la custodia alterna cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal por los hechos contemplados en el texto legal.

Esta prohibición de establecer la *"custodia compartida"* se aplicará igualmente si en el curso del procedimiento el/la Juez/a advierte indicios fundados de violencia doméstica.

f) Artículo 92,8º Cc.:

"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"

El número 8 del actual artículo 92 Cc. establece la posibilidad, con carácter excepcional, de que el/la Juez/a atribuya la *"custodia compartida"* a petición de una de las partes, siempre y cuando se den dos requisitos:

a) Informe favorable del Ministerio Fiscal. En 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 de Consejo General del Poder Judicial se debatió, entre otros extremos, sobre el alcance legal de tal exigencia, llegándose a la conclusión de que tan solo era necesario el Informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo[2].

   En consecuencia no parece que la referida exigencia que contiene el texto legal vaya a ser tenida en cuenta en la práctica judicial a la hora de tomar la decisión en orden a establecer una *"custodia compartida"* a petición de uno solo de los progenitores.

b) Fundamentación en la resolución que establezca este sistema de custodia de que solo de esta manera se protege adecuadamente el interés superior del y de la menor.

   Con relación a este segundo de los requisitos que establece el número 8 del artículo 92 Cc., entendemos que su alcance obliga al/la Juez/a a razonar en su resolución que la medida adoptada de custodia conjunta es la única que protege adecuadamente el interés superior del y de la menor. La Sentencia debe argumentar, por tanto, las razones en virtud de las cuales se descartan otras fórmulas posibles de custodia y que llevan a considerar la *"custodia compartida"* como la única opción idónea.

¿Cabría considerar que el principio del *"bonum filii"* permite al/la Juez/a la más amplias facultades para, en un proceso de separación, nulidad o divorcio, o en un proceso de regulación de efectos paterno-filiales en las parejas de hecho, fijar cualquier medida que asegure el interés del y de la menor, y por ello podría llegar a establecerse en una resolución judicial un sistema de guarda conjunta sin que ninguna de las partes lo hubiera solicitado?

Entendemos que tal interpretación no sería posible por que el legislador, al introducir en el articulo 92.8 Cc. una serie de requisitos para que el Tribunal pueda otorgar la *"custodia compartida"* solamente a petición de uno de los progenitores y en contra de la voluntad del otro, ya ha tenido en cuenta el interés del y de la menor y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española y por aplicación de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990 que exige que en todas las medidas concernientes a los niños y las niñas que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño y de la niña, asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.

Y como quiera que el legislador al redactar de esta forma concreta el número 8 del artículo 92 Cc., imponiendo unas exigencias determinadas para poder otorgar la *"custodia compartida"* y estableciendo el carácter excepcional de esta forma de custodia, ya ha ponderado el interés del y de la menor, tenemos que suponer que tras esa ponderación ha concluido que es contrario a su interés establecer un sistema de custodia alterna sin que uno de los progenitores lo hubiera solicitado, por lo cual entendemos que el Tribunal carece de discrecionalidad para, libremente y sin petición de parte, proceder a otorgar la *"custodia compartida"*

---

[2] *"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."* Conclusiones del 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 de Consejo General del Poder Judicial.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, una vez entrada en vigor la modificación del Código Civil en la materia objeto del presente estudio, está siendo hasta el momento muy reticente a establecer este sistema de custodia, recogiéndose una muestra de ellas en el Anexo de Jurisprudencia que se incluye.

CONSIDERACIONES FINALES

Para realizar una valoración adecuada del nuevo sistema de custodia, debemos de partir de la realidad sociológica existente en España, y los datos nos revelan que, mayoritariamente, son las madres quienes se implican en mayor medida en el cuidado diario y educación de sus hijos e hijas y para confirmar tal afirmación basta hacer un repaso por las siguientes cifras:

- Según el estudio de la Asociación de Mujeres Juristas Themis realizado en Castilla La Mancha sobre *"La violencia familiar en el ámbito judicial"* en los procesos contenciosos un 99% de las madres piden la custodia de sus hijos, y en un 93% de los convenios reguladores se conviene la custodia a favor de la madre.

- De la encuesta de población activa realizada en el año 2005 se extractan estos datos:

  - ⊗ Parados por sexo. Valores absolutos. Unidades miles de personas:
    - Varones 862,9
    - Mujeres 1.049,6

  - ⊗ Activos por sexos y grupos de edad. Valores absolutos. Unidades miles de personas:
    - Varones: 12.251,7
    - Mujeres: 8.634,1

  - ⊗ Ocupados por sexo. Valores absolutos. Unidades miles de personas:
    - Varones: 11.388,8
    - Mujeres: 7.584,4

    - Tasa de Paro Femenina: 58,88%
    - Tasa de Paro Masculina: 41,12%
    - Contratación Mujeres a tiempo parcial: 70,21%
    - Contratación Hombres a tiempo parcial: 29,79%
    - El salario de las mujeres es un 30% menor que el de los hombres realizando el mismo trabajo. *(Enero 2005. Fuente: Instituto Nacional de Estadística).*

Esas cifras nos indican que, aún hoy, la mujer sigue asumiendo de una forma prioritaria el cuidado y atención de los hijos e hijas y de todos los miembros de la familia, y quien mayormente viene renunciando a un desarrollo profesional y/o laboral a favor de su cónyuge o pareja, por lo que dentro de esta realidad social y dentro de la configuración de nuestro ordenamiento jurídico, que regula de forma diferente la patria potestad y la guarda y custodia, debería, en todo caso, haberse incidido en propugnar una mayor corresponsabilidad en el cuidado y atención de los hijos e hijas que permita a ambos progenitores un desarrollo integral, y que redundará en el beneficio de los y las menores, en lugar de introducir esta nueva modalidad de custodia de difícil aplicación práctica, por las razones ya apuntadas.

Esta *"custodia compartida"* 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 del domicilio familiar, y sin embargo en la modificación estudiada se han mantenido invariables, provocando no solo 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 van a ver afectados por el nuevo modelo de custodia.

En consecuencia y sin desconocer los beneficios que reporta una implicación seria y responsable de ambos progenitores en el cuidado de los hijos e hijas comunes, entendemos que tal objetivo no se consigue tan solo con la introducción de la *"custodia compartida"*, regulada de forma incompleta, sino que el legislador debería haber arbitrado medios, para incentivar los acuerdos al momento de adoptar esta medida de *"custodia compartida"*, que permitan un mayor equilibrio en el reparto de 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 litigiosidad en los procesos de ruptura.

b .- Bélgica

I.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

La institución de la responsabilidad parental -"*l´autorité parentale*"- se regula fundamentalmente en el Código Civil belga. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 373 a 375 del referido cuerpo legal, la responsabilidad parental incluye la autoridad sobre el menor y además las siguientes obligaciones y derechos:

- La administración de las propiedades del y de la menor, artículos 376 a 379 Cc.
- La representación legal del y de la menor, artículo 376.1 Cc.
- El cuidado, entendido en un amplio sentido: habitación, alimento, educación y soporte médico-asistencial y moral.
- Las relaciones interpersonales y contacto con los y las menores.
- La determinación de la residencia del y de la menor.

El contenido de la responsabilidad parental no difiere según si los progenitores están o no casados, si viven juntos o si existen dos progenitores o sólo uno.

Al igual que en la totalidad de las legislaciones aplicables a esta materia en los Estados objeto del presente estudio, la responsabilidad parental es una institución que procura preservar el interés del y de la menor. Esta circunstancia, en el Derecho de familia belga, se traduce en la conceptualización de las reglas sobre esta materia como normas de derecho público.

II.- TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

En el Derecho belga, al igual que ocurre en el conjunto de las legislaciones estudiadas, la regla general es que ambos progenitores son titulares conjuntamente de las responsabilidades parentales sobre el/la menor. Esta situación se da evidentemente cuando viven juntos -artículo 373 Cc.- pero también cuando la convivencia se rompe como consecuencia de la separación personal, divorcio o nulidad del matrimonio -artículo 374.1 Cc.-.

La Ley, belga por tanto, no diferencia en función de la formalización o no de las relaciones entre los progenitores, siendo, en consecuencia, la misma regulación la que se aplica en caso de separación legal o de hecho, divorcio o nulidad.

La atribución de forma conjunta de la responsabilidad parental es un principio que guía las relaciones entre progenitores y descendientes tras las crisis matrimoniales o de pareja y, por tanto, se impone aún en contra del deseo de una de las partes. Por ello, todo acuerdo relativo específicamente a la titularidad -se excluye el ejercicio por cuanto los titulares de la patria potestad pueden acordar libremente la formas de llevar a la práctica los deberes y obligaciones que entrañan- es nulo si es contrario al referido principio -artículo 6 Cc.-.

Según determina el artículo 375 del Código Civil belga, si la filiación no se ha establecido respecto de uno de progenitores -padre o madre-, o si uno/a de ellos fallece, es declarado/a ausente o es incapaz de manifestar su voluntad, el/la otro/a progenitor/a ostentará de forma exclusiva las responsabilidades parentales.

La responsabilidad parental de los progenitores respecto de sus descendientes finaliza:

- Cuando éstos alcanzan la mayoría de edad -dieciocho años-.
- En caso de fallecimiento de los progenitores.

- Cuando los progenitores sean declarados incapaces para ejercer la responsabilidad parental o se vean privados de la misma por decisión judicial. Esta situación puede producirse por comportamientos violentos -maltrato, abusos, negligencias graves- realizados por el padre o la madre sobre la figura del y de la menor y que pongan en peligro la seguridad, la salud e integridad del niño o la niña. Igualmente, cualquier actitud de la que pueda desprenderse una mala influencia para el o la menor -por ejemplo, la comisión de un delito por parte de los progenitores con la cooperación o intervención de sus descendientes- puede ser considerado a la hora de valorar una privación de *"l´autorité parentale"*.
- Cuando el o la menor sea dado en adopción.
- Cuando se emancipe.

En caso de que uno de los progenitores sea privado/a de la titularidad responsabilidad parental, consecuentemente, éste/a no puede reclamar el derecho de visitas con sus descendientes como parte integrante del concepto de responsabilidad parental. Ahora bien, de conformidad con el artículo 375 bis del Código Civil belga [3], cualquier persona que pueda probar una relación afectiva significativa con el niño o la niña, puede recabar el establecimiento de un contacto con él o ella. Este derecho de comunicación será reconocido a la persona solicitante si es capaz de probar que ejercitará tal derecho en interés del menor o de la menor. Por consiguiente, un/a progenitor/a que ha sido totalmente privado/a de sus responsabilidades parentales puede obtener por esta vía el derecho a relacionarse con sus descendientes si acredita que tal circunstancia es beneficiosa y se insta en interés del o de la menor.[4]

III.- EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Las responsabilidades parentales deben de ser ejercitadas en interés del menor. La noción *"interés del menor"* domina todo el Derecho de familia belga y es un principio de orden público. Todas las decisiones que adopte el/la Juzgador/a deben de tomar en consideración, prioritariamente, el interés del y de la menor.

En consonancia con la práctica totalidad de las legislaciones analizadas, el derecho civil belga, tampoco recoge una definición legal del concepto de *"interés del menor"*, se trata de un concepto jurídico indeterminado y variable, cuyo contenido se especifica de conformidad con la situación concreta y necesidades del y de la menor y que, igualmente, se transforma según los valores dominantes de la sociedad.

Por otro lado y retomando la regla general según la cual ambos progenitores ostentan el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, existe una presunción legal contenida en el artículo 373 párrafo 3º Cc., según la cual cada progenitor o progenitora actúa con el acuerdo del otro/a cuando uno o una de ellos opera sin la presencia del otro/a. Una regulación semejante puede localizarse en el párrafo 3º del artículo 156 del Código Civil español en el que, tras afirmar que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

a) Supuestos de matrimonio o convivencia.

Cuando existe desacuerdo entre los progenitores y éstos conviven con el o la menor, sea cual sea la materia y la importancia de la misma, éstos no pueden actuar sin contar con el consentimiento del otro u otra, tienen que tratar de alcanzar un consenso. Si no se logra, cualquiera de ellos, puede solicitar la intervención del Juzgado[5]. En tal supuesto, el

[3] El artículo 375 bis introducido en el Código Civil por la Ley de 31 de marzo de 1987, menciona expresamente el derecho de los abuelos y abuelas a tener relaciones personales con el/la niño/a.

[4] Sentencia de 8 de diciembre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia de Lieja, Rev. trim. dr. fam., 2000, p.701.

[5] En el Ordenamiento jurídico belga, el Tribunal competente recibe el nombre de *"Juvenile Court"*.

Juzgado puede autorizar al padre o a la made a actuar exclusivamente en relación a uno o varios asuntos determinados -artículo 373 último párrafo Cc.-.
Una previsión semejante se encuentra en el artículo 156 párrafo 2º del Código Civil español, aunque, en nuestro sistema, se precisa que los desacuerdos entre los progenitores sean reiterados o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. En tales casos el Juzgado podrá atribuirla total o parcialmente a uno o una de ellos o distribuir entre ellos sus funciones. Asimismo, se especifica que tal medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

b) Supuestos de ruptura del matrimonio o de la pareja.

Por el contrario, si los progenitores viven separados y ejercen conjuntamente la responsabilidad parental, están sujetos a los mismos parámetros indicados y referidos a los progenitores convivientes. Evidentemente, es sumamente complicado llevar a la práctica un consenso sobre todas las materias que afectan al menor o a la menor. Por ese motivo, se entiende que padre y madre deben alcanzar un acuerdo y actuar conjuntamente cuando se trata de decisiones importantes relativas a la salud, educación, opción religiosa etc...

De conformidad con el artículo 374.1 Cc., si no existe acuerdo sobre la organización de la residencia del y de la menor, sobre las decisiones importantes relativas a la salud, la educación, formación, entretenimiento, orientación religiosa o filosófica o si tales acuerdos resultan contrarios al interés del o de la menor, el o la Juez/a competente puede confiar el ejercicio exclusivo de la autoridad parental al padre o a la madre. Nótese que, a diferencia del sistema español, descrito en líneas anteriores, no se fija plazo temporal alguno.

En caso de atribución del ejercicio de la patria potestad exclusivamente a uno o una de los progenitores, el Juzgado deberá fijar las modalidades según las cuales el o la que no ostenta la responsabilidad parental puede contactar y tener relaciones de carácter personal con el menor o la menor, es decir, un régimen de visitas. El derecho del/de la progenitor/a no custodio/a a relacionarse con su descendiente no puede ser denegado más que en casos excepcionales y por motivos graves.

Igualmente, conserva el derecho de supervisión sobre la educación y administración del y de la menor. En este contexto, podrá obtener del otro progenitor o de terceros, todas las informaciones pertinentes y dirigirse incluso al Tribunal en interés del o de la menor -artículo 374.1 del Código Civil belga-. Por su parte, el/la progenitor/a que la ejercita tiene el derecho de administrar los bienes y ostenta la representación legal del o de la menor -artículo 376 Cc.-

c) Resolución de los desacuerdos entre los progenitores. La mediación.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, tal y como dispone el artículo 378 bis Cc., en todo caso, el Tribunal puede, a solicitud de ambos: padre y madre, de uno o una de ellos o del Fiscal[6] ordenar o modificar, en interés del y de la menor, toda disposición relativa a *"l´autorité parentale"*.

El Código Civil belga, concretamente el segundo párrafo del artículo 378 bis, recientemente modificado por la Ley de 18 de julio de 2006, procura privilegiar el recurso a la mediación. De esta manera, el Juez o Jueza tratará de fomentar una conciliación entre las partes. Para ello les ofrecerá todo tipo de información útil sobre el procedimiento y, en particular, les informará sobre las ventajas de recurrir a la mediación.

Si, con ocasión de un procedimiento judicial, el o la Jueza constata que un acercamiento entre las partes es posible, puede decretar la suspensión del mismo con el fin de permitir a las mismas recabar toda la información necesaria e iniciar, en su caso, un proceso de mediación. La duración de la suspensión no puede ser superior a un mes. El Tribunal está autorizado, con carácter previo a resolver, incluso de oficio, a acordar la práctica de prue-

[6] La figura del Ministerio Fiscal en el Derecho belga recibe el nombre de "Procureur du Roi".

bas que considere pertinentes o a regular provisionalmente la situación de las partes durante un plazo que habrá de determinarse.

Cuando se insta un procedimiento de estas características, salvo acuerdo de todas las partes y del Ministerio Fiscal, el Tribunal resuelve a título provisional. Ahora bien, el asunto puede ser objeto de un nuevo examen en una audiencia posterior, en la fecha fijada en la resolución judicial y en un plazo que no puede superar un año, sin perjuicio de que se fije una convocatoria más próxima en el tiempo.

IV.- REGULACIÓN DE LA CUSTODIA

En la legislación civil belga no se emplea específicamente el término custodia, a diferencia de otros países, como por ejemplo España, no obstante, esto no quiere decir que no se regulen los derechos de custodia de los y las menores y más concretamente la facultad de fijar la residencia del niño o la niña.

Así, el establecimiento de la residencia del menor o de la menor ha sufrido un modificación importante, concretamente a través de la entrada del concepto *"residencia igualitaria" -"résidence égalitaire"* - y constituye una de las principales novedades introducidas en la Ley de 18 de julio de 2006 y más concretamente en el párrafo 2º del artículo 374 Cc.

En el seno de un procedimiento judicial y a falta de convivencia entre los progenitores, éstos, de conformidad con la regla general de ejercicio conjunto de la *"autoridad parental"*, deberán consensuar el lugar de residencia de los y las menores; el acuerdo será homologado por el Tribunal, salvo si es manifiestamente contrario al interés de los hijos e hijas comunes.

A falta de acuerdo, en caso de *"autoridad parental"* conjunta, el Tribunal examinará con carácter prioritario la posibilidad de fijar el alojamiento del menor o de la menor de forma igualitaria entre el padre y la madre, siempre y cuando sea solicitado por uno o una de los progenitores. No obstante, si el Tribunal estima que la *"residencia igualitaria"* no es la fórmula más apropiada puede fijar un *"residencia no-igualitaria"*. En estos casos, el Tribunal decide a través de una resolución motivada y teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y el interés de los y las menores, así como de sus progenitores.

A diferencia de lo que acontece en el Código Civil francés, el belga no recoge en la norma ninguna circunstancia de obligada consideración por parte del o de la Jueza más allá de la expresión general e indeterminada de *"mejor interés del/de la menor"*.

Respecto de esta nueva regulación, y a partir de la lectura de la Exposición de Motivos[7] de la Ley de 18 de julio de 2006 en la que se afirma:

"contrariamente a la actual situación, ya no será el progenitor que solicite el "alojamiento igualitario" el que tendrá que demostrar la pertinencia del mismo, sino que será al progenitor que se opone a quien le corresponda demostrar que existe una contraindicación",

Puede concluirse la instauración de una inversión de la carga de la prueba que obliga, desde luego, al/a la progenitor/a que se oponga al *"alojamiento igualitario"* a probar la existencia de algún motivo serio que desaconseje la adopción de esta fórmula.

En cuanto a las *"contraindicaciones"*, el legislador no las ha querido precisar en el texto de la Ley con el objetivo de permitir al magistrado/a desplegar todo su poder de apreciación. A partir de la práctica judicial se pueden extraer algunas consideraciones que han de tenerse en cuenta para denegar el sistema de *"residencia igualitaria"*:

[7] Doc. Parl, Chambre, 2004-2005, 1.673/001.

- Que los progenitores vivan significativamente lejos el uno del otro.
- La seria indisponibilidad de uno o una de ellos.
- La indignidad de uno o una de ellos.
- La edad del o de la menor.
- El contenido de la audiencia del o de la menor, etc…

En relación a la edad del o de la menor, algunos especialistas consideran que por debajo de la edad de tres años, el menor o la menor puede difícilmente ser privado/a de los contactos regulares con su madre.

Por su parte, el artículo 378 ter Cc. regula las consecuencias que puede acarrear para cualquiera de los progenitores que se niegue a ejecutar las decisiones judiciales relativas al alojamiento de los y las menores y el derecho a las relaciones personales entre progenitor y descendientes. El o la Jueza, en tales supuestos, puede adoptar, entre otras, nuevas medidas de instrucción o sugerir a las partes el recurso a la mediación del artículo 387 bis Cc. Puede, igualmente, adoptar nuevas decisiones relativas a la autoridad parental y residencia del o de la menor. Asimismo, y sin perjuicio de las acciones penales, el o la Jueza puede autorizar, a la parte perjudicada por un incumplimiento de las medidas adoptadas en cuanto a la residencia se refiere, a acudir a medidas de tipo coercitivo.

Por tanto, y en cuanto al régimen de custodia se refiere, en el Derecho de familia belga, tras la ruptura de la pareja, con carácter general se impone el modelo de *"résidence égalitaire"*. Tan sólo en los supuestos en que resulte acreditado que esta solución es contraria al interés del menor o de la menor, se acordaría la residencia con uno solo de los progenitores. En cualquier caso, padre y madre deberán de intervenir de forma conjunta en la toma de decisiones sobre los aspectos más importantes de la vida de sus descendientes.

c.- Francia

I.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

La legislación francesa regula el contenido de la responsabilidad parental en la Ley 2002-305 del 4 de Marzo de 2002, que supuso una modificación de determinados artículos de su Código Civil en esta materia.

El término que utiliza la legislación francesa para referirse a nuestro equivalente de patria potestad es el de *"autorité parentale"* -autoridad parental- y la define en el artículo 371.1 Cc.:

"...como un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del menor"

A diferencia de lo que ocurre en el derecho positivo español el Código Civil francés viene a definir de una manera amplia el concepto de responsabilidad parental que se configura de la misma forma que en el derecho español y fundamentalmente tiene las mismas notas características que en nuestro derecho, es decir:

- Se configura como un conjunto indisoluble de derechos y deberes.
- Se ejerce siempre en beneficio del y de la menor.

II.- TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

El mismo artículo 371.1 Cc. en su párrafo segundo dispone que la titularidad de la "autorité parentale" corresponde al padre y la madre hasta que el y la menor alcancen su mayoría de edad o su emancipación, y establece que debe ejercitarse con el respeto debido a su persona y debe ir dirigida a:

- Velar por su seguridad.
- Velar por su salud.
- Velar por su moralidad.
- Asegurar su educación, y
- Permitir su desarrollo.

Es decir se impone a los progenitores con respecto a sus hijos e hijas menores o incapacitados/as una serie de obligaciones de contenido personal que son similares a las recogidas en el artículo 154 segundo párrafo, apartado 1º del Código Civil español, articulando un mayor desarrollo de los mismos e incidiendo en ese carácter personal y de contenido moral en el que se asienta el concepto de la responsabilidad parental añadiendo además dos elementos: el primero de ellos es el *"respeto debido a su persona"* y el segundo viene recogido en el último párrafo del artículo comentado en el que se exhorta a los progenitores a que sus hijos e hijas participen en las decisiones que les afecten *"según su edad y grado de madurez"* .

Las obligaciones de contenido material que se engloban dentro del concepto de autoridad parental vienen reguladas de forma independiente en el artículo 371.2 Cc. en el que se establece que:

"Cada uno de los padres contribuirá a la manutención y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del hijo. Esta obligación no se extingue de pleno derecho cuando el hijo alcanza la mayoría de edad"

Y se regulan de forma independiente y en otro Capitulo -artículos 382 a 387 Cc.- las cuestiones relativas a la administración de los bienes de los hijos e hijas que será realizada conjuntamente por ambos progenitores cuando el ejercicio de autoridad parental siga correspondiendo a ambos de forma conjunta.

III.- EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

a) Supuestos de matrimonio o convivencia.

El artículo 372 Cc. regula el ejercicio de la *"autorité parentale"* de forma conjunta entre ambos progenitores, y establece excepciones al ejercicio conjunto de dicha responsabilidad parental, en los siguientes supuestos:

- Cuando la filiación haya sido establecida respecto de uno de los progenitores transcurrido un plazo superior a un año desde el nacimiento del o de la menor cuya filiación haya sido ya establecida respecto del otro progenitor.

- Cuando la filiación sea declarada judicialmente respecto del segundo progenitor del o de la menor.

En estos casos el ejercicio de la *"autorité parentale"* corresponde de forma exclusiva al progenitor que hubiera reconocido la filiación inicialmente, salvo que ambos progenitores lleven a cabo una declaración conjunta del ejercicio común de la autoridad parental ante el Secretario judicial del *"Tribunal de Grande Instance"* o el Juzgado de Familia lo haya acordado.

b) Supuestos de ruptura del matrimonio o de la pareja.

Al igual que ocurre en el derecho español el divorcio de los progenitores o el cese de la convivencia en las parejas de hecho, no supone modificación alguna en el ejercicio de la *"autorité parentale"*.

La ruptura de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la responsabilidad parental -artículo 373.2,1º párrafo Cc.- si bien el Tribunal puede confiar el ejercicio de la *"autorité parentale"*al padre o a la madre en exclusiva, si el interés del o de la menor así lo exigiera -artículo 373.2.1 Cc.-.

La regla general, por tanto, en los supuestos de divorcio o cesación en la convivencia es la del ejercicio conjunto de la *"autorité parentale",* pues la reforma operada a través de la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002 ha intentado mantener el principio de corresponsabilidad por encima del cese de la convivencia o disolución del matrimonio de los progenitores, imponiendo como principio general el ejercicio común al momento de la ruptura.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el derecho español, el derecho francés no ha acuñado un concepto similar al de *"guarda y custodia"* ya que en todo momento el Código Civil francés se refiere a *"modalidades en el ejercicio de la Autoridad Parental"* estableciendo la exigencia de que:

"tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor" -artículo 373.2 Cc.-

c) Privación de la Responsabilidad Parental:

El artículo 373 Cc. establece como causas de privación de la autoridad parental las siguientes:

- Declaración de incapacidad.
- Declaración de ausencia.
- O cualquier otro motivo.

El Código Civil francés es muy parco en las causas de privación pues no indica en qué forma debe llevarse a cabo.

En los supuestos de privación de la *"autorité parentale"* a uno/a de los progenitores o en el supuesto de que uno/a de los progenitores hubiera fallecido, se atribuye el ejercicio de la autoridad parental de forma exclusiva al otro/a progenitor/a -artículo 373.1 Cc.-

Se regulan también como causas de privación total o parcial de la autoridad parental las siguientes:

- Declaración expresa de la Sentencia penal que condene al progenitor/a, como autor/a, coautor/a o cómplice de un crimen cometido en la persona de su hijo o hija, o le condene como coautor/a o cómplice de un delito cometido por su hijo o hija. Esta causa es también aplicable a los y las ascendientes que no sean los progenitores en los casos en que pudiera corresponderles el ejercicio de la autoridad parental sobre sus descendientes -artículo 378 Cc.-

- Poner en peligro la seguridad, salud o moralidad del y de la menor por el comportamiento de los progenitores, bien porque se hayan producido malos tratos, porque se trate de un/a progenitor/a consumidor/a de estupefacientes o bebidas alcohólicas, bien por mala conducta notoria, bien por falta de cuidados o ausencia de directrices en la educación -artículo 378.1, 1º párrafo Cc.-

- Cuando los padres, durante un plazo de más de dos años, se hayan abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y cumplir los deberes recogidos en el artículo 375.7 Cc., en aquellos supuestos en que se haya adoptado por el/la Juez/a una medida de asistencia educativa[8] respecto al hijo o hija -artículo 378.1,2º párrafo Cc.-

Estos supuestos de privación total o parcial de la *"autorité parentale"* no se producen de forma automática ya que, en el primero de los casos, será potestativo del Juez/a penal acordar la privación total o parcial de la autoridad parental mientras que en los supuestos siguientes debe instarse la acción ante el *"Tribunal de Grande Instance"* estando legitimados para el planteamiento de la misma tanto el Ministerio Fiscal como un miembro de la familia o el/la tutor/a del hijo o la hija.

La privación total de la *"autorité parentale"* así acordada va a tener efectos sobre todo el conjunto de deberes-derechos englobados dentro de su contenido, tanto patrimoniales como personales y se extenderá, salvo que la Sentencia determine otra cosa, a todos los hijos e hijas menores ya nacidos/as al momento de dictarse la Sentencia y supondría para el hijo o la hija dispensa de su obligación alimenticia, salvo que la Sentencia disponga lo contrario -artículo 379 Cc.-.

Si el Tribunal acordara la privación parcial de la *"autorité parentale"* deberá establecer a qué aspectos se refiere la privación, incluso la privación, total o parcial, puede alcanzar tan solo a algunos de los hijos o hijas -artículo 379.1 Cc.-

La privación no tiene un carácter definitivo pues el propio Código Civil -artículo 381- prevé la posibilidad de que a partir del plazo de un año el/la progenitor/a afectado/a por la privación, solicite ante el Tribunal la restitución de todos o parte de los derechos de que fue privado/a, exigiéndose para ello la existencia de nuevas circunstancias que lo hagan aconsejable.

Si se denegara la restitución solo podrá ser instada transcurrido un nuevo periodo de un año a contar desde la denegación, no siendo admisible ninguna petición de restitución si el hijo o la hija, con anterioridad a la solicitud, se encuentran en proceso de adopción.

[8] Medidas de Asistencia Educativa: Pueden ser ordenadas judicialmente a instancia del padre y la madre conjuntamente, o de uno de ellos, del o de la menor, o del Ministerio Público cuando la salud, seguridad, o moralidad de un o una menor estuviera en peligro o si las condiciones de su educación estuvieran seriamente comprometidas

En aquellos casos en que sea acordada la restitución, el Ministerio Fiscal viene facultado para solicitar, si lo considera adecuado, medidas de asistencia educativa.

No cabe la renuncia ni cesión de la autoridad parental, siendo nula de pleno derecho sino es en virtud de una Sentencia y en los supuestos legalmente establecidos -artículo 376 Cc.-

IV.- REGULACIÓN DE LA CUSTODIA

Ya se ha indicado con anterioridad que el Código Civil francés no contiene el término de *"guarda y custodia"* y lo que viene es a regular el sistema de residencia de los y las menores con sus progenitores, una vez que éstos han finalizado su vida en común.

La reforma introducida por la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002 autoriza el sistema de *"résidence alternée" -"residencia alterna"-* para el y la menor cuyos padres no conviven.

La forma en que viene regulada en el derecho francés este sistema de residencia es muy general imponiendo tan solo como norte de esta decisión dos condicionamientos:

- Protección de los intereses de los hijos e hijas menores, y
- Garantía del mantenimiento de los vínculos de los y las menores con cada uno de sus progenitores.

Tal y como viene configurado en el Código Civil francés el régimen de la *"résidence alternée"*, una vez producida la ruptura, los progenitores tienen plena autonomía para fijar de común acuerdo sus efectos, estableciendo la residencia del y de la menor en la forma en que libremente determinen en el correspondiente convenio que será sometido a la aprobación judicial. Únicamente en aquellos supuestos en que el convenio no preserve suficientemente el interés de los y las menores o en aquellos casos en que el Tribunal constate que el consentimiento de los progenitores no se ha otorgado libremente, puede denegarse la aprobación de los pactos alcanzados por los propios interesados.

En los supuestos en los que no existe acuerdo entre los progenitores el artículo 373.2.9 Cc. concede facultades al Tribunal de Familia para establecer, si lo considera conveniente para el interés del y de la menor, un sistema de *"résidence alternée"*; si uno de los progenitores lo solicita este sistema de *"résidence alternée"* puede ser establecido durante un plazo de tiempo determinado y con carácter provisional o bien puede el Tribunal acordarlo en los supuestos en que ambos no se muestren de acuerdo respecto del sistema de residencia del o de la menor. Por tanto el legislador francés atribuye facultades al Tribunal para el establecimiento de la *"résidence alternée"* aún cuando los progenitores se pronuncien en contra.

El establecimiento de la *"résidence alternée"* a modo de prueba va a permitir al Tribunal y a los propios interesados conocer si este sistema es el adecuado para proteger los intereses del y de la menor.

Una vez finalizado el plazo propuesto, el/la Juez/a deberá decidir, de forma definitiva, qué sistema adopta, si el de residencia alterna en el domicilio de cada uno de sus progenitores o la residencia en el domicilio de uno solo de ellos.

También prevé la legislación francesa -artículo 373.2.10 Cc.- la posibilidad de acudir a una medida de mediación a fin de buscar el consenso entre las partes y facilitar los acuerdos. La mediación no se configura con carácter obligatorio y al Tribunal sólo se concede facultad para proponerla pero no para imponerla y solo en el caso de que ambos progenitores muestren su conformidad, acudirán a un/a mediador/a familiar con la única finalidad de que *"les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida"*.
El texto francés ha impuesto una serie de cautelas para que el Tribunal, en los supuestos contenciosos pueda adoptar el sistema de "*résidence alternée*" y deberá tener en cuenta las siguientes circunstancias -artículo 373.2.11 Cc.-:

1. La practica seguida anteriormente por los progenitores o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad.

2. Los sentimientos expresados por el y la menor.

3. La aptitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro/a.

4. El resultado de los informes periciales, si se hubiesen realizado, teniendo en cuenta particularmente la edad del y de la menor.

5. Los datos de los informes sociales o contra-informes que se hubieran llevado a cabo.

De una primera lectura del texto legal, parece desprenderse la idea de que en el derecho francés se concede al Tribunal una gran discrecionalidad para establecer el sistema de residencia que considere conveniente y adecuado en cada caso pero entendemos que tal impresión desaparece si se lleva a cabo un análisis más detenido de las circunstancias que el Tribunal deberá valorar a la hora de decidir sobre el sistema de residencia del y de la menor y estas circunstancias son coincidentes con los argumentos que la jurisprudencia española ha venido manejando para establecer o denegar el sistema de *"custodia compartida"* con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de Julio.

Vamos por tanto a hacer una pequeña disección de los elementos que el Tribunal francés deberá considerar al momento de fijar un determinado sistema de residencia:

- **La practica seguida anteriormente por los progenitores o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad,** lo que supone, sin duda, un respeto al principio de autonomía de la voluntad, dándose un papel predominante a los progenitores en la búsqueda de un sistema de residencia que les permita cohonestar tanto los intereses del y de la menor como los intereses propios buscando la solución mas conveniente para todos los miembros de la familia. Es lógico este respeto pues, es de suponer, que los progenitores son quienes mejor pueden regular, en interés de sus hijos e hijas, el sistema de residencia más beneficioso.

- **La opinión del y de la menor,** cuya audiencia viene regulada en el artículo 388.1 Cc. estableciendo el derecho del y de la menor a ser oído por el/la Juez/a en cualquier procedimiento que le afecte, regulándose, también de forma expresa, la obligación del Tribunal de oír al y a la menor cuando éstos lo soliciten, audiencia que solo podrá ser rechazada *"…mediante una resolución especialmente motivada…"*

  Al igual que ocurre en el derecho español, el Código Civil francés regula la forma en que podrá ser oído/a el o la menor quien podrá acudir ante el/la Juez/a "*…solo, con un abogado o con una persona de su elección…"* permitiéndose al Tribunal designar a otra persona si considerara que la elegida por el o la menor no pareciera conforme con su interés.

  Tampoco se establece edad alguna para llevar a cabo la audiencia del menor sino tan solo que el o la menor de edad sea *"capaz de discernimiento"*.

- **La aptitud de cada uno/a de los progenitores para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro/a.** Otra de las circunstancias a tener en cuenta que se recoge en el texto legal resulta, a nuestro juicio, muy interesante pues sin que se asuman las obligaciones que se derivan del cuidado y atención de un o una menor y sin que se respeten los derechos del otro/a progenitor/a es prácticamente inviable un sistema de *"résidence alternée"*; entendemos que en aras a evitar conflictos, en aras a unificar criterios, modelos de educación, pautas de conducta, etc.., que hagan posible y pacifica la *"residencia alterna"* la clave es el respeto y aunque pueda resultar superfluo recoger en un texto legal tal condición, por obvia, su introducción resulta acertada por cuanto que puede invitar a la reflexión.

- **El resultado de los informes periciales.** Los informes periciales no tienen en la legislación francesa un carácter preceptivo por tanto no es exigible su realización para decidir sobre la modalidad de residencia, ahora bien, si se han llevado a cabo podrá ser tenido en cuenta su resultado.

- **Los datos de los informes sociales,** también deberán ser valorados así como los contrainformes que se hayan llevado a cabo para *"... recabar todas las informaciones sobre la situación de la familia y sobre las condiciones en que viven y son educados los hijos"* -artículo 373.3.12 Cc.-.

  La elaboración de estos informes o encuestas sociales puede ser decidida por el/la Juez/a antes de tomar la decisión sobre la modalidad de la residencia a adoptar y se trata de un elemento probatorio muy útil porque va a facilitar una visión muy cercana y real de la forma de organización de la familia lo que, sin duda, va a ser de gran ayuda para fijar el sistema de residencia que más se adapte a su organización.

  Si las conclusiones del informe social encargado por el Tribunal es impugnado por uno/a de los progenitores podrá encargarse, a su instancia, un informe contradictorio.

  A modo de conclusión, reiterar que el derecho francés al introducir la reforma comentada en orden a la alternancia de la convivencia de los y las menores con ambos progenitores ha pretendido:

- Favorecer el mantenimiento de las relaciones personales entre los hijos y la hijas con cada uno/a de sus progenitores.

- Respetar los derechos de ambos progenitores en el ejercicio de su autoridad parental.

- Favorecer los acuerdos entre padre y madre en el ejercicio de su responsabilidad parental.

d.- Inglaterra y Gales

I.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

La regulación de la responsabilidad parental en Inglaterra y Gales se encuentra recogida básicamente en el *"Children Act 1989"* aunque, como se verá más adelante, ésta se completa con el *"Adoption and Children Act 2002"*.

De conformidad con la sección 3 de la Parte I del *"Children Act 1989"*, la *"parental responsibility"* -responsabilidad parental- se define como el conjunto de derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que cada progenitor -*"parent"*- ostenta por Ley en relación al y a la menor y sus propiedades.

El concepto de responsabilidad parental en el Derecho inglés deja claro que el mismo genera más responsabilidades que derechos, en lo que a los progenitores se refiere, y aquéllas existen sea cual sea el grado de formalización de las relaciones personales entre éstos.

Por otro lado, la Ley no reconoce una regla absoluta y cierta que defina el concepto de responsabilidad parental, ésta existe en la medida que es necesaria para la protección del y de la menor, principio este último que inspira esta institución y su regulación. Consecuentemente, la responsabilidad de los progenitores disminuirá en intensidad cuando el niño o la niña adquieran suficiente conocimiento y madurez para asumir por él/ella mismo/a sus propias decisiones.

Abundando en lo anterior, no existe una auténtica lista legal de los derechos, obligaciones, responsabilidades y poderes que comprende la responsabilidad parental; no obstante lo anterior, es mayoritariamente aceptado que abarca, entre otros y siempre en relación a los descendientes, los siguientes aspectos:

- El cuidado y control del y de la menor.
- La disciplina.
- La protección y mantenimiento.
- El derecho de visitas y el régimen de comunicaciones.

II.- TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Según la sección 2 del Children Act 1989 y la regulación contenida en la *Adoption and Children Act 2002,* la madre siempre ostenta la responsabilidad parental. Sin embargo, respecto del padre, hay que distinguir varios supuestos[9]:

1. Si el padre está casado con la madre en el momento del nacimiento del niño o de la niña, él adquirirá automáticamente la responsabilidad parental.

2. Si no está casado y el certificado de nacimiento se encuentra registrado desde antes del 1 de diciembre de 2003, el padre no adquirirá automáticamente la responsabilidad parental como sucedía antes de la entrada en vigor de la "*Adoption and Children Act 2002"*, pero puede optar por una de las siguientes vías para adquirirla:

[9] Sección 4 del Children Act 1989.

a) Llegar a un **acuerdo con la madre** que debe de acomodarse a las prescripciones contenidas en *"Parental Responsibility Regulations 1991"*, concretamente en la número dos. El acuerdo debe ser registrado en el *"Principal Registry of the Family Division"*.

b) **Una decisión judicial**[10]. El bienestar del y de la menor es de suma importancia y consideración y, por tanto, al adoptar una decisión judicial, el Juzgado debe ponderar que ésta sea mejor para el o la menor que el hecho de no dictar resolución alguna. El Juzgado tomará en cuenta determinados factores: grado de compromiso mostrado hacia el o la menor, el grado de apego que exista entre el/la progenitor/a y el o la menor, las razones por las cuales solicita la responsabilidad parental.

c) A través de la **obtención de una *"orden de residencia"*** -*"residence order"*- dado que, de conformidad con la sección 12, punto 1 del *"Children Act 1989"*, si el Juzgado dicta una "*orden de residencia*" a favor del padre, en el supuesto de que éste no tuviera la autoridad parental sobre el o la menor, el Tribunal, además del contenido propio de la "*orden de residencia*" le está, igualmente, atribuyendo la responsabilidad parental.

   Ahora bien, el ejercicio de la autoridad parental se encuentra circunscrito a la duración de la "*orden de residencia*". Además, existen una serie de restricciones al ejercicio de la responsabilidad parental así obtenida y que se concretan en la sección 12 puntos número 2 y 4 del *"Children Act 1989"*.

d) Contrayendo **matrimonio con la madre** del o de la menor.

La sección 4 del *"Children Actc 1989"*, referida a la adquisición de la responsabilidad parental por el padre, tras la reforma operada por la sección 11 de la *"Adoption and Children Act 2002"* [11], permite que el padre no casado pueda obtener la responsabilidad parental cuando su nombre se encuentre incluido en el certificado de nacimiento del niño o la niña.

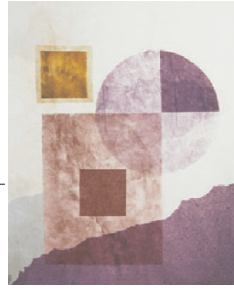
Resulta cuando menos curioso que la Ley, concretamente en la sección 2, en el punto número 5, mencione expresamente que más de una persona -no habla de progenitores en el sentido biológico de la palabra- pueda ostentar la responsabilidad parental del o de la menor al mismo tiempo. Se completa esta disposición a través del punto número 6, en el que se afirma que la persona que tenga la responsabilidad parental del o de la menor no deja de ostentarla por el hecho de que otra persona adquiera la autoridad parental sobre ese/a mismo/a menor en un momento posterior.

Una vez se atribuya la responsabilidad parental de un o una menor, a cualesquiera de las personas antes mencionadas, ya no podrá renunciar o transferir cualquier esfera de la misma a otro/a individuo, no obstante lo anterior, podrá disponer que una parte o la totalidad de esa responsabilidad sea ejercida por una o más personas que actúan en su representación -sección 2 número 8-

Las responsabilidades parentales ejercitadas a favor del o de la menor cesarán cuando éste/a alcance la mayoría de edad o cuando así se acuerde en una resolución judicial. En este último caso, el Juez o la Jueza debe velar por el interés superior del y de la menor. Igualmente, en caso de adopción del niño o de la niña -en este supuesto lo que se produce realmente es una transferencia desde de los padres biológicos hacia los adoptivos- y de matrimonio del o de la menor, la responsabilidad parental finaliza.

[10] La Convención Europea de Derechos Humanos ha influido en la actual regulación en orden a que los padres no casados pudieran obtener la responsabilidad parental.

[11] Dicha reforma entró en vigor el 1 de diciembre de 2003.



III.- EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

a) Supuestos de matrimonio o convivencia.

La regulación objeto de estudio prevé que las obligaciones y deberes comprendidos en la responsabilidad parental se ejerzan por ambos progenitores de forma conjunta.

Si bien es cierto que el *"Children Act 1989"* comienza imponiendo un mandato al Tribunal, concretamente en la sección primera, cuando afirma que:

> *"Cuando un juzgado resuelve sobre cualquiera asunto relativo a:*
>
> *a) La crianza de un/a menor, o*
> *b) La administración de la propiedad de un/a menor o la gestión de los ingresos derivados de la misma,*
>
> *El bienestar del menor será el criterio predominante a tener en cuenta por el Juzgador"*

No es menos cierto que esa misma recomendación no se expresa legalmente en relación a los titulares de la responsabilidad parental. Podría pensarse, por tanto, que en el sistema inglés se permite a los titulares, a la hora de ejercitar la responsabilidad parental y tomar decisiones en consecuencia valorar y ponderar sus propios intereses. En cualquier caso, los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental son ejercitados de forma igualitaria por los titulares de la misma.

En caso de desacuerdo, los titulares son libres de acudir a los Tribunales para que éstos diriman. Ahora bien, existe una previsión en la sección 2, punto número 7 en virtud de la cual, cualquier persona que tenga atribuida la responsabilidad parental podrá actuar por su propia cuenta en el cumplimiento de sus responsabilidades. Por su parte, el punto número 8 matiza afirmando que la actuación debe ser conforme a las órdenes dictadas bajo el prisma del *"Children Act 1989"*.

Esta independencia de los titulares a la hora de actuar se incluye en el objetivo general de tratar de estimular a los progenitores a sentirse más implicados y responsables en lo que al bienestar del y de la menor se refiere[12]. Ahora bien, cuando el o la menor reside con uno de los progenitores, el otro titular no puede interferir en las decisiones de la administración ordinaria y diaria.

No obstante todo lo anterior, existe un grupo de decisiones que no pueden adoptarse sin el consentimiento conjunto de los titulares de la responsabilidad parental. De conformidad con la jurisprudencia pueden destacarse:

- Las relativas a la escolarización.
- El cambio de apellido.
- El cambio de la residencia habitual, o
- La circuncisión de los niños.

[12]Véase el Informe *"Parental Separation: Children`s Needs and Parents` Responsibilites"*, presentado por al Parlamento por The Secretary of State for Constitutional Affairs, The Secretary of State for Education and Skills y The Secretary of State for Trade and Industry, en enero de 2005. En este informe, tras la elaboración y estudio de informes precedentes sobre esta material, se llega a la conclusión de que es necesario fomentar la solución de las desavenencias entre progenitores de forma extrajudicial, dado que, al decir del propio informe, las soluciones son más satisfactorias. Para ello, incide en la mejora de aspectos tales como el acceso, información y asesoramiento legal de calidad y especializado, el recurso a la mediación o conciliación judicial etc… Por otro lado, busca profundizar en la implicación y corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado del y de la menor. Para ello, se pretende, en la medida de lo posible, evitar que las relaciones entre padres y madres con sus descendientes, tras las rupturas de parejas o de matrimonio, no se vean bruscamente interrumpidas y, por el contrario, alentar el contacto y las relaciones personales entre progenitores e hijos e hijas.

De la misma forma, se establecen otras limitaciones determinadas por algunas resoluciones judiciales que precisan el consentimiento de más de una persona: la adopción o el trasladaro del o de la menor fuera del Reino Unido[13].

b) Supuestos de ruptura del matrimonio o de la pareja.

En principio, las crisis de pareja o de matrimonio no afecta a la titularidad ni al ejercicio de las responsabilidades parentales. Ambos progenitores siguen ostentando las mismas obligaciones respecto de sus descendientes.

Si tras una ruptura, los progenitores no llegan a un acuerdo, en la demanda de divorcio, nulidad o separación judicial, uno/a de los progenitores deberá acompañar una propuesta de convenio en la que se reflejarán todas las cuestiones relativas a la residencia del y de la menor, su educación, cuidado y mantenimiento que deberán de ser resueltas en sede judicial.

IV.- REGULACIÓN DE LA CUSTODIA

En la actual regulación legal, ya no existe el concepto de *"custodia"*, éste ha sido absorbido por el de responsabilidad parental que es mucho más amplio y rico que aquél.

En este sentido y en el contexto de una separación o divorcio, y sin perjuicio de la libertad que tienen las partes para establecer los acuerdos que estimen convenientes, el Juzgado, a la hora de estructurar las obligaciones y deberes de los progenitores respecto de sus descendientes, adopta una serie de decisiones -*"order"*- que se encuentran descritas en la sección 8. Este tipo de *"order"* abarca aspectos que van más allá de la fijación de la residencia del o de la menor y, no obstante, se ha optado por realizar un estudio de las mismas, unitario, bajo este epígrafe por dos razones, primera, para no desestructurar la regulación que se contempla en la precitada sección 8 y segunda, por todas las implicaciones directas e indirectas referidas a la custodia de los y las menores.

El/la Juez/a, cuando considere la adopción, modificación o nulidad de alguna de las decisiones recogidas en la mentada sección 8, deberá tomar en cuenta especialmente:

a) Los deseos y sentimientos del y de la menor, partiendo de su edad, capacidad y madurez.
b) Sus necesidades físicas, emocionales y educativas.
c) Los efectos que el cambio de circunstancias pueda tener sobre el o la menor.
d) La edad, sexo, antecedentes y cualquier otra característica del y de la menor que el Juzgado entienda relevante.
e) Cualquier daño que haya sufrido o pueda llegar a sufrir el o la menor.
f) La capacidad de cada uno de los progenitores y cualquier otra persona que tenga encomendada la satisfacción de las necesidades del o de la menor.

En cualquier caso, de conformidad con la sección 1, punto número 8, el Juzgador o la Juzgadora, en el momento de adoptar una decisión judicial -*"order"*- deberá valorar bajo el prisma del mejor interés del y de la menor, si es preferible acordar una medida de esta naturaleza o abstenerse de hacerlo.

Para la toma de todas estas decisiones el/la Juzgador/a dispone de un amplio margen de discrecionalidad.

Como ya se ha adelantado, bajo la sección 8, el Juzgado posee la autoridad para dictar una serie de decisiones -*"order"*- que determinan con quién o quiénes va a residir el o la menor y los contactos personales del/de la progenitor/a no residente con sus descendientes. Así puede acordar:

[13]Si un/a progenitor/a desea evitar una actuación independiente del/de la otro/a progenitor/a, puede solicitar una "*prohibited steps order*" o una "*specific issue order*" que se explicarán más adelante.

i. ***"Contact order"*** o régimen de visitas[14].

ii. ***"Residence order":*** determina con quién va a residir el o la menor[15]. Reiterando la idea expuesta en párrafos anteriores, si se acuerda una *"orden de residencia"* a favor del /de la progenitor/a que no ostenta la responsabilidad parental, esto significa que, a través la citada decisión judicial, se le concede, igualmente, la responsabilidad parental pero con algunas limitaciones legales.

Una *"orden de residencia"* puede ser establecida a favor de dos o más personas aunque no convivan ni entre sí ni con el o la menor[16]. Si es así, la *"orden"* deberá especificar los periodos de tiempo durante los cuales el o la menor habitará en las diferentes residencias -sección 11, punto número 4-. Al respecto, en la Ley no se determinan métodos ni medios para supervisar y verificar los resultados de esta *"residencia compartida" -"share residence"-*.

En el *"Children Act 1989"* no se menciona la posibilidad de que el o la menor comparezcan ante el Tribunal. Si fuera necesario, el Tribunal, a la hora de adoptar una *"residence order"* o cualquier otra, puede basarse en los informes suministrados por la CAFCASS[17]. Si bien no es vinculante, es poco probable que el Juzgado adopte una decisión en contra del contenido de informe elaborado por la CAFCASS.

A pesar de que la legislación inglesa permite la posibilidad expresa de una *"residencia compartida"* no es práctica usual, siendo más habitual la fijación de un amplio régimen de visitas y comunicaciones que permita una implicación directa de ambos progenitores en la educación y cuidado de los hijos e hijas.

Según la sección 10 punto número 5, en principio, las siguientes personas[18] -y no exclusivamente los progenitores- tienen derecho a solicitar una *"orden de residencia o contacto"* en relación al o a la menor:

a) Cualquiera de lo progenitores -exista o no el matrimonio- siempre que el o la menor sea miembro del núcleo.

b) Cualquier persona con la cual el o la menor ha vivido durante un periodo de al menos tres años.

c) Cualquier persona que:

   i. Durante la vigencia de una *"orden de residencia"*, tenga el consentimiento de cada una de las personas a cuyo favor se acordó la referida *"orden"*.

   ii. Haya obtenido el permiso de la autoridad local cuando el/la menor esté bajo su cuidado.

   iii. Tenga el consentimiento de una de las personas que ostentan la responsabilidad parental del o de la menor.

iii. ***"Prohibited steps order":*** Este tipo de resolución establece una prohibición para tomar decisiones, sin consentimiento expreso del Juzgado, en aquellos

---

[14] La *"contact order"* se extinguirá si los progenitores viven juntos durante un periodo continuo superior a seis meses.
[15] La "*residence order*" se extinguirá si los progenitores reanudan la convivencia durante un periodo continuo superior a seis meses.
[16] Los elementos de una "*shared residence order*" no están delimitados legalmente, se fijarán tomando en consideración las circunstancias fácticas del supuesto.
[17] CAFCAS son las siglas de Children and Family Court Advisory Support Service. Esta figura podría asimilarse al gabinete psicosocial adscrito a un Tribunal en nuestro sistema judicial.
[18] Según el punto número 6 de la sección 10, también pueden solicitar una modificación o anulación la persona solicitante de la decisión judicial -"*order*"- o, cuando se refiere a una "*orden de contacto*" la persona que esté designada en la misma.

temas que se recogen en la propia *"prohibited steps order"* y que en un principio serían materias que podrían resolver los titulares de la responsabilidad parental.

iv. ***"Specific issue order":*** Se trata de una resolución que el Juzgado adopta para proporcionar instrucciones dirigidas a resolver una cuestión específica que ha surgido o podría surgir respecto de cualquier aspecto relativo a la responsabilidad parental de un o una menor.

Todas estas decisiones -*"order"*- adoptadas bajo la sección 8 podrán:

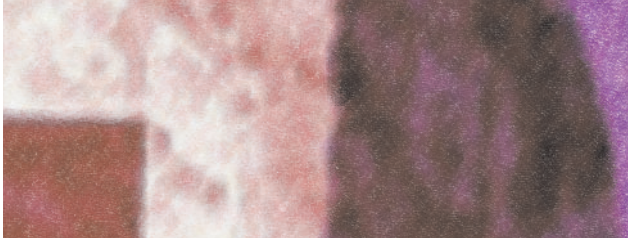
a) Contener instrucciones relativas a su aplicación.
b) Imponer condiciones a las personas en cuyo favor se dicta y que deberán ser cumplidas.
c) Dictarse por un período de tiempo determinado o incluir estipulaciones concretas limitadas también temporalmente.
d) Ir asociadas a otras estipulaciones complementarias.

El Juzgado, cuando el interés del o de la menor lo requiere, a la hora de abordar estos distintos tipos de decisiones -*"order"*-, al menos a nivel teórico, tiene el poder de acordarlas incluso de oficio, sin que sea precisa una solicitud de las personas legalmente habilitadas, a saber: cualquiera de los progenitores, el tutor/a del o de la menor o cualquier persona que tenga acordada a su favor una *"orden de residencia"*- sección 10-. Se trata de una situación excepcional basada, exclusivamente, en una necesidad clara y específica del o de la menor. Así las cosas, es obvio que el/la juzgador/a puede dictar una resolución relativa a la residencia del o de la menor incluso con la oposición de uno de los progenitores. Sin embargo, el Juzgado deberá cerciorarse de que tal solución funcione en la práctica.

Es interesante destacar que en la Ley se menciona expresamente, concretamente en la sección 1 y en la 11, que los retrasos en la adopción de medidas concernientes a los y las menores provocan serios daños en cuanto a su bienestar se refiere. Por este motivo, el Juzgado tiene ciertas facultades para adoptar medidas destinadas a evitar demoras injustificadas y perjudiciales.

En cuanto a la mediación se refiere, si bien es cierto que no se contempla como exigencia, el sistema judicial inglés promueve y estimula el recurso a la misma como vehículo para alcanzar acuerdos entre las partes considerados, de esta forma, más estables y duraderos en el tiempo.

No obstante, los progenitores pueden acordar libremente la fijación y ordenación de la residencia del o de la menor. Así, el acuerdo más usual entre las parejas es que el niño o la niña resida con carácter principal con uno/a de ellos y que el otro/a tenga un régimen de visitas. Además, existe la conciencia de que un convenio relativo a la residencia del o de la menor, cualquiera que sea su contenido, tiene mayores probabilidades de éxito en la práctica si es acordado de común acuerdo por los progenitores, y no impuesto por una resolución judicial, de ahí que la propia legislación prevea la posibilidad de que el/la Juez/a pueda no entrar a resolver determinados aspectos si considera que no va a favorecer el ejercicio armonioso de la responsabilidad parental.



e.- Italia

I.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

En el Derecho civil italiano si bien no existe una definición legal, la doctrina y jurisprudencia admiten pacíficamente que la responsabilidad parental -*"potestà genitorale"*- comprende la totalidad de derechos y obligaciones -autoridad- y la atribución de tales derechos y obligaciones -responsabilidad- que son ejercitados exclusivamente en beneficio del o de la menor.

Al respecto, la doctrina distingue diferentes aspectos en la *"potestà genitorale"*:

- Aspectos internos: los que se refieren a las relaciones entre progenitores e hijos e hijas.
- Aspectos personales: que se refieren al cuidado y desarrollo del y de la menor.
- Aspectos patrimoniales: relativos a la administración de las propiedades del y de la menor.

La *"potestà genitorale"* abarca, igualmente, el poder para adoptar todas las decisiones necesarias dirigidas al cuidado y asistencia moral y material del y de la menor. En este sentido, todas las decisiones relativas al cuidado, educación, instrucción, representación legal del hijo e hija, gestión y administración de sus intereses económicos -salvo que se requiera una autorización del Juzgado para aquéllos actos que exceden de la administración ordinaria- se configuran como deberes que recaen, como veremos en el epígrafe siguiente, sobre ambos progenitores.

II.- TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

La *"potestà genitorale"* sobre los hijos e hijas corresponde a ambos progenitores hasta su mayoría de edad o emancipación, disponiendo el artículo 30.1 de la Constitución Italiana que es un derecho y deber de los progenitores mantener, educar y proporcionar a sus hijos e hijas una guía moral.

El artículo 147 Cc., establece que en el ejercicio de tales derechos y deberes, las aptitudes del y de la menor, sus inclinaciones naturales y aspiraciones deben ser tomadas en consideración. Abundando en lo anterior, los progenitores tienen que velar por el desarrollo físico y mental de sus hijos e hijas, protegerlos y mantenerlos, fomentar y supervisar su formación, desarrollar su personalidad y promover su bienestar psicológico y físico.

En el contexto de una filiación natural, la titularidad de la *"potestà genitorale"* corresponde al progenitor que ha reconocido al hijo o la hija, y la ostentarán ambos progenitores siempre y cuando sean convivientes y hayan reconocido ambos al hijo o hija común; si no viven juntos, la *"potestà"* corresponde al progenitor con el cual el hijo o la hija convive y si no convive con ninguno de los dos, corresponderá al primero que le haya reconocido. El/la Juez/a, actuando en beneficio exclusivo del hijo o la hija puede dictar una resolución por la que excluya a ambos progenitores del ejercicio de la *"potestà genitorale"* procediendo al nombramiento de un/a tutor/a.

En cualquier caso, el progenitor que no ejerce la *"potestà genitorale"* conserva el derecho de vigilar la instrucción, educación y condiciones de vida de su hijo e hija. -artículo 317 bis Cc.-

III.- EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

a) Supuestos de matrimonio o convivencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 316 del Código Civil italiano, la *"potestà genitorale"* la ejercitan de común acuerdo ambos progenitores y, además, su ejercicio no se encuentra supeditado a la vida en común.

b) Supuestos de ruptura del matrimonio o de la pareja.

Tal y como dispone el segundo párrafo del artículo 317.2 Cc, en caso de separación, divorcio o nulidad, por principio, la *"potestà genitorale"* se otorga a ambos progenitores. Así, las decisiones de mayor relevancia para los hijos e hijas relativas a su instrucción, educación y salud las tomarán ambos, padre y madre, de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos e hijas. En caso de desacuerdo, las partes pueden acudir al o a la Juez/a quién dirimirá y adoptará la resolución oportuna.

En el sistema civil italiano, igual que acontece en el español, del conjunto de derechos y obligaciones que conforman la denominada *"potestà genitorale"*, con las características anteriormente expuestas, puede distinguirse una parte que se inserta en la administración ordinaria del y de la menor, lo que recibe el nombre de *"affidamento"*.

IV.- REGULACIÓN DE LA CUSTODIA

El régimen del *"affidamento"* -custodia- en Italia se ha modificado con ocasión de la reforma operada a través de la Ley 54/2006 de 8 de Febrero, aprobada tras largos debates parlamentarios.

El artículo 1 de la referida Ley modifica el artículo 155 del Código Civil italiano que establecía que, en los supuestos de separación, se atribuía el ejercicio exclusivo de la *"potestà"* al/a la progenitor/a a quien se confiaba el cuidado del o de la menor.

Sin embargo, el artículo 6.1 de la Ley nº 898, de 1 de Diciembre de 1970, reguladora del divorcio en Italia, tras sucesivas reformas legales, concedía al Tribunal, cuando lo considerase conveniente para el interés de los y las menores, la posibilidad de disponer del *"affidamento congiunto"* o *"alternato"*. Con independencia del significado que ambos conceptos poseen en el Derecho de familia italiano -que más adelante se analizará-, lo que aquí importa reseñar es que coexistían dos regulaciones diferentes para la separación y divorcio y con consecuencias jurídicas distintas asociadas a cada uno de los supuestos. Sin embargo, la reforma del año 2006, vino a equiparar las referidas diferencias.

La legislación italiana, establece diferentes tipos de *"affidamento"*:

- ***"Affidamento condiviso"*** es la gran novedad introducida con la nueva redacción del artículo 155 Cc., consiste en que el Juez o la Jueza al regular los efectos de la separación de los cónyuges, debe valorar prioritariamente la posibilidad de establecer un *"affidamento condiviso"* que permita a ambos progenitores tener una intervención activa en la evolución y desarrollo de sus hijos e hijas y el único y exclusivo criterio rector para otorgar un *"affidamento condiviso"*, que impone el texto legal, es el interés moral o material del y de la menor, anteponiéndolo al deseo o exigencias de sus progenitores, a fin de paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias que pudieran derivarse de la ruptura.

- ***"Affidamento congiunto"*** contemplada en el artículo 6 de la Ley de Divorcio. No puede identificarse con una *"custodia compartida"* en el sentido de alternancia de la vida del o de la menor con tiempos más o menos igualitarios con padre y madre, sino que se identifica con la responsabilidad parental conjunta en la que, ambos, padre y madre, pueden y deben intervenir, de forma paritaria, en la educación de sus hijos,

corresponsabilizándose ambos en la crianza de sus hijos e hijas comunes, en un amplio sentido, es decir, supone el correlativo a la patria potestad del derecho español. No hay que olvidar que hasta hace unos años la *"potestà genitorale"* se atribuía en exclusiva, en los casos de separación y divorcio, a uno o una de los cónyuges, conservando el otro u otra tan solo un derecho de información y comunicación respecto de su hijo o hija, lo que significaba la pérdida absoluta de intervención en la dirección del desarrollo y evolución de los y las menores, situación que fue modificada y corregida con ocasión de la reforma operada en la Ley del Divorcio, a través de su artículo 6, en su redacción actual operada por la Ley 74/1987.

Por tanto, en este supuesto, como ya apuntáramos anteriormente, ambos progenitores, aunque uno o una de ellos no conviva con el o la menor, comparten los mismos derechos y responsabilidades respecto de todas las decisiones que conciernen al y a la menor.[19]

- ***"Affidamento alternato"*** o custodia alterna regulada, igualmente, en el artículo 6 de la Ley de Divorcio; este tipo de *"affidamento"* sí exige la alternancia de periodos, más o menos largos, de convivencia con uno y otro progenitor, bien mudando el o la menor al domicilio de cada uno de los progenitores, bien alternando los propios progenitores la convivencia en el domicilio que fuera común. Lo cierto es que a pesar de estar contemplado normativamente este tipo de*"affidamento"* la jurisprudencia italiana ha sido muy remisa a aplicarlo por entender que, salvo casos excepcionales y casi modélicos, el *"affidamento alternato"* no solo no protege el interés del y de la menor, sino que presenta un peligro para su formación equilibrada[20] por considerar que no proporciona al o a la menor una seguridad y estabilidad necesarias para su desarrollo emocional. La jurisprudencia italiana considera que existen serias dudas de que el *"affidamento alternato"* reduzca la conflictividad familiar y promueva el espíritu de colaboración entre los progenitores consecuentemente, este sistema apenas es establecido judicialmente, e incluso hasta el año 2003 no se ha detectado ningún caso en la jurisprudencia que considere el *"affidamento alternato"* como positivo para el interés del o de la menor.

- ***"Affidamento esclusivo"*** es decir, atribución de la custodia exclusiva a un solo progenitor. Esta posibilidad viene recogida en el artículo 155 bis Cc. en su redacción del año 2006, por contraposición al *"affidamento condiviso"*. El precitado precepto atribuye al o a la Jueza la potestad de otorgar, bien a petición de parte, bien de oficio, la custodia de los hijos e hijas a uno solo de los progenitores en caso de que considere, y así lo motive debidamente, que la custodia al otro progenitor puede perjudicar el interés del y de la menor.

  El Juez o la Jueza, si admite la petición, puede conceder el *"affidamento esclusivo"* al/a la progenitor/a demandante salvando, en lo posible, los derechos del y de la menor previstos en el párrafo primero del artículo 155 Cc., es decir, el derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cualquiera de ellos, de recibir cuidado, educación e instrucción de ambos y de mantener relación con los familiares y ascendientes de ambas líneas familiares.

  Si la demanda de custodia exclusiva resultara manifiestamente infundada, el/la Juez/Jueza tendrá en cuenta la actitud del progenitor demandante con el fin de determinar las medidas a adoptar en el interés de los hijos e hijas.

Las nuevas disposiciones contenidas en el artículo 155 Cc. consagran, por tanto, el principio del interés del niño o la niña ya contenidos en los artículos 9.3 y 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, y regulan los aspectos relativos a la custodia y régimen de visitas no como un derecho de los progenitores a mantener contacto con sus

[19] Este *"affidamento congiunto"* que se regula en la Ley de Divorcio es similar aunque no idéntico al *"affidamento condiviso"* regulado en el artículo 155 Cc., según opinión del Profesor Luigi Fadiga, Presidente de la Sección de Menores y Familia del Tribunal de Apelación de Roma

hijos e hijas, sino como un derecho del menor y de la menor a conservar ese vínculo con ambos progenitores, habiendo supuesto la modificación, un cambio radical ya que se establece, con carácter general, que, en caso de separación o divorcio:

- La responsabilidad parental será ejercida por ambos progenitores y no solamente por aquel o aquella a la que haya sido confiado el cuidado del o de la menor, invirtiéndose, por tanto la regla general que existía con anterioridad a la reforma.

- El hijo o la hija menor tienen derecho a establecer una relación equilibrada y continuada con cada uno de sus progenitores.

- El hijo o la hija menor tienen derecho a recibir cuidados, educación e instrucción de ambos progenitores.

- El hijo o la hija menor tienen el derecho de mantener una relación con la familia paterna y materna.

- El Juez o la Jueza, antes de pronunciarse sobre la atribución de la custodia deberá oír al menor y a la menor que tuviere doce años de edad, o de edad inferior, si tuviere suficiente juicio.

La normativa legal exige que el Juez o la Jueza adopte las medidas relativas a los y las menores con *"exclusiva referencia al interés moral y material del menor"*, debiendo establecer a cual de los progenitores otorga el *"affidamento"*, y regulando el resto de las medidas inherentes a tal pronunciamiento, auxiliándose de los medios de prueba que considere pertinentes, entre los que se encuentra la audiencia del o de la menor.

Tampoco el legislador italiano ha definido o concretado cual es el alcance del interés del y de la menor, que deberá ser individualizado en cada supuesto valorando las circunstancias que le rodean, como son la capacidad de cada uno/a de los progenitores en orden a su educación, la relación que cada uno de ellos mantenga con los y las menores, el tiempo disponible de cada uno/a de los progenitores para el cuidado de los hijos e hijas, etc, etc... lo que supone dotar al/a la Juez/a de una gran discrecionalidad para poder decidir en cada caso, el sistema de custodia que considere más apropiado para proteger el *"exclusivo interés moral y material del menor"*, pudiendo valerse el Tribunal de los medios de prueba que estime oportunos, entre los que se encuentra, la audiencia del o de la menor, si fueran mayores de doce años o menores de dicha edad si tuvieren suficiente juicio.

De conformidad con el Art. 155 -quarter, recientemente modificado, el uso de la casa familiar será atribuido teniendo en cuenta prioritariamente el interés de los hijos e hijas. Se establecen, igualmente, algunas reglas dirigidas a orientar al o a la Jueza en la asignación del domicilio conyugal, cuestión sumamente delicada máxime cuando estamos en presencia de una regulación legal que admite el *"affidamento alternato"*.

Otras de las novedades implantada por la Ley del año 2006, es la introducción de la mediación como un recurso para la solución de los conflictos surgidos en el seno de la familia en orden al establecimiento del régimen de custodia más adecuado, dándose al/a la Juez/a amplias facultades para que, en orden a preservar el interés moral y material de los hijos e hijas, pueda, incluso, demorar la adopción de las medidas del artículo 155 Cc., para que las partes, con ayuda de expertos y expertas en la mediación, logren alcanzar un acuerdo. -artículo 155 sexies Cc.-

En consecuencia con todo lo expuesto, el régimen italiano en cuanto a la custodia de los hijos e hijas menores, no impone ningún sistema determinado, pero si recomienda, en cuanto a la separación personal de los progenitores se refiere, que, con carácter prioritario se establezca el *"affidamento condiviso"* y la legislación prevé expresamente la posibilidad de la fijación de un régimen de *"affidamento alternato"* regulado en la Ley de Divorcio y que los Tribunales han aplicado con un criterio excepcional.

f.- República Checa

I.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

La Republica Checa cuenta con un Código sobre la Familia aprobado por la Ley número 94/1963 modificado y ampliado por la Ley 132/1982, por la Ley 234/1992, por decisión del Tribunal Constitucional número 72/1995 y por la Ley número 91/1998 y regula la responsabilidad parental en el artículo 31 del referido Código sobre la Familia en la siguiente forma:

"(1) La responsabilidad de los progenitores es un compendio de derechos y obligaciones.

a) En el cuidado de los niños menores de edad, que incluye en especial la atención de su salud, su desarrollo físico, sentimental, racional y moral,
b) En la representación del menor,
c) En la administración de sus bienes."

De nuevo nos encontramos con un concepto similar al que contienen todas las legislaciones europeas regulando la responsabilidad parental como un conjunto de derechos-deberes con una doble vertiente: la personal y la material, aunque en el caso de la legislación Checa se regula de forma extensa y concreta el contenido de la responsabilidad parental, dado que en el segundo número del artículo 31 citado se establece la obligación de los padres de llevar a cabo el ejercicio de los derechos y obligaciones que configuran su responsabilidad parental velando por el interés del y de la menor y sin que en ningún momento se vea afectada:

"la dignidad del niño y de ninguna forma amenazada su salud, su desarrollo físico, sentimental, racional y moral" -artículo 31.2-

Y a mayor abundamiento se da entrada al y a la menor en la toma de decisión de las medidas tomadas en relación a él o ella, contemplándose de forma expresa en la legislación -artículo 31.3 Cc.- su derecho:

"a obtener la información precisa y opinar libremente sobre todas las decisiones de los padres que afecten a las cuestiones y ser oído en cada procedimiento en el que se decida sobre dichas cuestiones"

Es decir, se tienen muy en cuenta los aspectos emocionales del y de la menor, no solo al regular el concepto de la responsabilidad parental sino en todos aquellos preceptos que regulan cuestiones que afectan a los y las menores.

II.- TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

El artículo 34 del Código Checo sobre la Familia atribuye la responsabilidad parental a ambos progenitores, quienes deberán velar por el interés de sus hijos e hijas, y:

"regir su comportamiento y ejercer la vigilancia de acuerdo con el grado de su desarrollo..." -Artículo 31.2 Código Familia-

III.- EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

a) Supuestos de matrimonio o convivencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 316 del Código Civil italiano, la *"potestà genitorale"* la ejercitan de común acuerdo ambos progenitores y, además, su ejercicio no se encuentra supeditado a la vida en común.

b) Supuestos de ruptura del matrimonio o de la pareja.

Tal y como dispone el segundo párrafo del artículo 317.2 Cc, en caso de separación, divorcio o nulidad, por principio, la *"potestà genitorale"* se otorga a ambos progenitores. Así, las decisiones de mayor relevancia para los hijos e hijas relativas a su instrucción, educación y salud las tomarán ambos, padre y madre, de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos e hijas. En caso de desacuerdo, las partes pueden acudir al o a la Juez/a quién dirimirá y adoptará la resolución oportuna.

En el sistema civil italiano, igual que acontece en el español, del conjunto de derechos y obligaciones que conforman la denominada *"potestà genitorale"*, con las características anteriormente expuestas, puede distinguirse una parte que se inserta en la administración ordinaria del y de la menor, lo que recibe el nombre de *"affidamento"*.

IV.- REGULACIÓN DE LA CUSTODIA

El régimen del *"affidamento"* -custodia- en Italia se ha modificado con ocasión de la reforma operada a través de la Ley 54/2006 de 8 de Febrero, aprobada tras largos debates parlamentarios.

El artículo 1 de la referida Ley modifica el artículo 155 del Código Civil italiano que establecía que, en los supuestos de separación, se atribuía el ejercicio exclusivo de la *"potestà"* al/a la progenitor/a a quien se confiaba el cuidado del o de la menor.

Sin embargo, el artículo 6.1 de la Ley nº 898, de 1 de Diciembre de 1970, reguladora del divorcio en Italia, tras sucesivas reformas legales, concedía al Tribunal, cuando lo considerase conveniente para el interés de los y las menores, la posibilidad de disponer del *"affidamento congiunto"* o *"alternato"*. Con independencia del significado que ambos conceptos poseen en el Derecho de familia italiano -que más adelante se analizará-, lo que aquí importa reseñar es que coexistían dos regulaciones diferentes para la separación y divorcio y con consecuencias jurídicas distintas asociadas a cada uno de los supuestos. Sin embargo, la reforma del año 2006, vino a equiparar las referidas diferencias.

La legislación italiana, establece diferentes tipos de *"affidamento"*:

- ***"Affidamento condiviso"*** es la gran novedad introducida con la nueva redacción del artículo 155 Cc., consiste en que el Juez o la Jueza al regular los efectos de la separación de los cónyuges, debe valorar prioritariamente la posibilidad de establecer un *"affidamento condiviso"* que permita a ambos progenitores tener una intervención activa en la evolución y desarrollo de sus hijos e hijas y el único y exclusivo criterio rector para otorgar un *"affidamento condiviso"*, que impone el texto legal, es el interés moral o material del y de la menor, anteponiéndolo al deseo o exigencias de sus progenitores, a fin de paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias que pudieran derivarse de la ruptura.

- ***"Affidamento congiunto"*** contemplada en el artículo 6 de la Ley de Divorcio. No puede identificarse con una *"custodia compartida"* en el sentido de alternancia de la vida del o de la menor con tiempos más o menos igualitarios con padre y madre, sino que se identifica con la responsabilidad parental conjunta en la que, ambos, padre y madre, pueden y deben intervenir, de forma paritaria, en la educación de sus hijos,

A partir de la entrada en vigor de la modificación operada en el Código de Familia en Agosto de 1998, se establece como sistema general de modalidad de custodia el sistema de custodia alterna *"… siempre que esto sea en interés del menor y sus necesidades sean mejor atendidos con ello"* -artículo 26-2 Código de Familia-

El propio Código de Familia en su artículo 26.4 exige una serie de requisitos que el/la Juez/a deberá tener en cuenta a la hora de decidir sobre la atribución de la guarda y custodia del y de la menor, incidiendo en los aspectos emocionales y espirituales, dejando en un segundo plano los aspectos materiales y estableciendo como elemento decisivo para la atribución de la custodia, el entorno del y de la menor en su perspectiva intelectual, sentimental y vital, y así el artículo 26.4 del referido Código de Familia dispone:

> *"Al decidir sobre la guarda y custodia de los progenitores el Juez tendrá en cuenta en primer lugar el interés del menor, su personalidad, en especial sus intereses talento, aptitudes y capacidades educativas, observando a su vez las necesidades vitales de los progenitores. Cuidará de que respete el derecho del niño a estar al cuidado de ambos progenitores y el mantenimiento del contacto personal regular con ellos y el derecho del otro progenitor, que no ostente la guarda y custodia a una regular información sobre el niño. El Juez tendrá en cuenta asimismo la orientación sentimental del niño y el ambiente en el que se mueva el niño, la capacidad educativa y responsabilidad de los progenitores, la estabilidad del futuro ámbito de educación, las aptitudes del progenitor para llegar a acuerdos con el otro sobre las cuestiones relacionadas con la educación del niño, los lazos sentimentales del niño con sus hermanos, abuelos y otros familiares, así como las garantías materiales, incluidas las circunstancias relacionadas con la vivienda".*

Llama la atención la especial sensibilidad que ha demostrado el legislador checo a la hora de regular esta materia, valorando toda una serie de circunstancias para garantizar una resolución que proteja acertadamente el interés del y de la menor, y así se deberá tener en cuenta:

- *"la orientación sentimental del niño",*
- *"la capacidad educativa y responsabilidad de los progenitores",*
- *"la estabilidad del futuro ámbito de educación",*
- *"las aptitudes del progenitor para llegar a acuerdos con el otro sobre las cuestiones relacionadas con la educación del niño",*
- *"los lazos sentimentales del niño con sus hermanos, abuelos y otros familiares" ,*
- *"las garantías materiales, incluidas las circunstancias relacionadas con la vivienda".*

Es decir, el marco legal delimita con acierto qué se entiende por interés del y de la menor, a diferencia de la indefinición que impera en la mayoría de las legislaciones estudiadas, e introduce una circunstancia que, desde nuestro punto de vista, resulta ciertamente determinante para conseguir que la custodia alterna sea eficaz cual es la aptitud de los progenitores en orden a alcanzar acuerdos sobre todas las cuestiones que afecten al y a la menor, y ello es la mejor garantía para conseguir que este sistema funcione adecuadamente.

Y por último a la hora de decidir sobre la custodia el párrafo 5º del artículo 26 de Código de Familia impone al/a la Juez/a la observación de otro dato también de suma importancia para el éxito de la elección del sistema de custodia más adecuado a cada caso, cual es el conocimiento del/de la progenitor/a que se ha venido ocupando durante la vida matrimonial del cuidado habitual del y de la menor, así como *"…de su dedicación sentimental, racional y moral"*.

Es cierto que este dato también viene siendo observado por la jurisprudencia española como decisivo para la atribución de la custodia, pero nuestra jurisprudencia viene refiriéndose mayormente a los cuidados materiales y relacionados con la salud de los y las

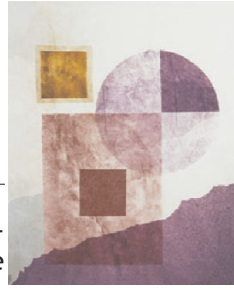
menores, mientras que el Código de Familia Checo hace alusión expresa, como ya hemos indicado, a la educación sentimental y ética, siendo por tanto determinante la calidad moral y personal de los progenitores al momento de atribuir la custodia con la finalidad de garantizar a los hijos e hijas una educación equilibrada.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro derecho se determinan con rigor los elementos que el Tribunal debe valorar y sopesar para tomar la decisión respecto de la modalidad de custodia elegida lo que, sin duda, reduce el arbitrio judicial al establecer unos indicadores que deben evaluarse en cada caso, de esta forma se concreta y se perfila el principio del *"bonum filii"* evitando interpretaciones que puedan crear inseguridad jurídica.

Nada dice el Código de Familia acerca de cómo debe llevarse a cabo este sistema de custodia, por lo que es posible que la alternancia se realice por meses, trimestres, semestres, cursos anuales, etc.., pero a través de la información facilitada por el Ministerio de Justicia checo, el sistema de custodia alterna en la Republica Checa se viene configurando por periodos de quince días en que los y las menores cambian de domicilio y a pesar de que es un sistema ya instaurado, desde el año 1998, en la práctica no es un sistema habitual.

La modalidad de custodia alterna puede ser también establecida por el Juzgado, aún en el caso de que los padres no estén de acuerdo en el establecimiento de dicho régimen de custodia, pudiéndose auxiliar el Tribunal, a la hora de tomar la decisión, de los informes que se soliciten a trabajadores/as sociales o psicólogos/as que no se contemplan con carácter preceptivo, pero que sí pueden constituir un medio de prueba que ayude al Tribunal a tomar una decisión acorde con el interés del y de la menor.

Con respecto a la mediación tampoco está configurada como una medida preceptiva, al igual que ocurre en el supuesto de la legislación española; sin embargo, en aquellos supuestos en que se adopta mediante decisión judicial la custodia alterna la familia está bajo la supervisión de un/a trabajador/a social, para conocer si es beneficioso para los y las menores.



CONSIDERACIONES FINALES

Del Estudio realizado la primera consecuencia que se obtiene es que tan solo en las legislaciones de Bélgica, España, Francia, Inglaterra y Gales, Italia y la República Checa se regula, de manera expresa, la figura de la *"custodia compartida"* entendida como alternancia en la residencia del y de la menor con ambos progenitores al momento de la ruptura de la pareja, lo que representa un escaso 23% sobre el total de los países miembros de la U.E.

Esta realidad contrasta con la apreciación generalizada de que la *"custodia compartida"* está implantada en los países de la Unión Europea, apreciación inexacta pues, como ya se ha indicado la regulación de tal figura solo se contempla en una minoría de las legislaciones.

La confusión tiene su origen en motivos terminológicos y conceptuales, por cuanto que a partir de una traducción literal de la expresión *"joint custody"* como *"custodia compartida"* se llega al error conceptual de equiparar categorías jurídicas distintas utilizando el término de *"custodia compartida"* para referirse al concepto de *"responsabilidad parental"*; y por otro lado, ya se dejó explicitado en la Introducción del presente Estudio que el concepto de *"custodia"*, en una gran parte de los países europeos, es mucho más amplio que el regulado por la legislación de España, comprendiendo también el derecho de elegir el lugar de residencia de los hijos e hijas comunes.

Asimismo ha contribuido al equívoco la circunstancia de que, a diferencia de lo que ocurre en España donde pueden distinguirse dos esferas, *"patria potestad"* y *"custodia"*, en la mayoría de los países no se produce tal desdoblamiento, de esta forma en una gran parte de las legislaciones estudiadas la responsabilidad parental se atribuía en forma exclusiva a uno de los progenitores lo que suponía que quien ostentaba la responsabilidad parental estaba capacitado para tomar, de forma unilateral, todas las decisiones referentes al menor y la menor conservando el/la otro/a progenitor/a tan solo un derecho de información y de comunicación en relación con los hijos e hijas comunes.

Esta situación, que claramente vulneraba el principio de igualdad entre los progenitores, provocó un movimiento legislativo que llevó al reconocimiento de la responsabilidad parental compartida, que no custodia, en la mayoría de los países europeos.

Por ello, en dichos países cobra importancia el reparto de corresponsabilidades, o lo que se ha denominado, de forma equivoca, como *"custodia compartida"*, en realidad lo que supone es un compartimiento de la *"responsabilidad parental"* para que ambos progenitores puedan tener una parte activa en la toma de decisiones que, de una forma fundamental, afecten a sus hijos e hijas, posibilidad que tenían vetada y que ha sido el objeto de una gran parte de las reformas legislativas operadas en esta materia en los países de la Unión Europea.

Del análisis de legislación realizado y centrándonos en los países que han regulado de forma expresa la *"custodia compartida"* interesa resaltar los siguientes aspectos:

- Si ambos progenitores están de acuerdo en el establecimiento de una *"custodia compartida"* ello es posible en todas las regulaciones legales, siempre y cuando el Tribunal constate que esta modalidad de custodia es la más adecuada para proteger los intereses de los y las menores y por tanto no vulnera el principio de*l "bonum filii"*.

- En todas las legislaciones se ha optado por atribuir al/a la Juez/a potestad para poder establecer este sistema de custodia, si bien la discrecionalidad que se concede a los Tribunales en unos textos legales es más amplia que en otros y así, por ejemplo, en España el/la Juez/a pueda establecerla solo si la solicita una de las partes en el procedimiento y con carácter excepcional, mientras que, por ejemplo, en Italia, puede adoptarla el/la Juez/a de oficio y sin petición de parte con base en el exclusivo interés de los hijos e hijas comunes, mientras que en Francia se imponen una serie de cautelas que debe observar el Tribunal al momento de decidirse por esta modalidad de custodia.

- Tan solo en Bélgica está configurado el sistema de residencia alterna como el modelo general de custodia, de forma que el/la Juez/a viene obligado/a a acordar este sistema de custodia, siempre y cuando lo solicite uno/a de los progenitores, debiendo el/la progenitor/a que se oponga a dicho sistema acreditar que perjudica el interés de los hijos e hijas comunes.

- De todos las legislaciones estudiadas la de la República Checa es la más precisa en orden a establecer criterios que deberá ponderar el Tribunal al momento de decidir sobre el modelo de custodia que adopte, y la legislación que más margen de libertad concede a los progenitores es la de Inglaterra y Gales que llega al extremo de conceder al/a la Juez/a la posibilidad de no pronunciarse si considera que ello no va a contribuir a un mejor ejercicio de la responsabilidad parental.

- De los seis países que han optado por acoger en sus legislaciones la modalidad de *"custodia compartida"* tan solo Francia regula un periodo de prueba previo a su adopción definitiva.

- La figura de la mediación no se establece en ninguna de las legislaciones estudiadas con carácter preceptivo, si bien es recomendada expresamente en todas, salvo en los textos legales de Inglaterra y Gales.

- La audiencia del y de la menor también se contempla en los textos legales analizados, y en el caso de Inglaterra y Gales se les da una especial preponderancia pudiendo intervenir en la toma de decisiones a medida que aumente su grado de madurez.

- Se trata de una figura relativamente novedosa que se ha ido introduciendo en las legislaciones de familia de los países que han adoptado este sistema en los últimos años, y así, por ejemplo, Francia la incorporó en el año 2002, España en el año 2005 y Bélgica en el año 2006.

De la información analizada se puede concluir que:

- Con carácter general, se trata de una figura poco extendida, dada la complejidad que supone su práctica diaria, salvo en aquellos casos en que exista, por parte de los progenitores un buen entendimiento y una voluntad sincera de que la *"custodia compartida"* funcione.

- Los Tribunales se muestran muy reticentes a implantar esta modalidad de custodia en aquellos supuestos en que falte el acuerdo de los progenitores dado que, por las razones anteriormente apuntadas, este sistema requiere una comunicación fluida entre la madre y el padre, que al no producirse en los procesos contenciosos lleva a los Tribunales a considerar que la *"custodia compartida"*, en estos casos, no protege adecuadamente el interés de los hijos e hijas, y lejos de incrementar la corresponsabilidad puede derivar en un aumento de la conflictividad.

V.- LEGISLACIONES QUE NO CONTEMPLAN EXPRESAMENTE LA MODALIDAD DE LA *"CUSTODIA COMPARTIDA"*

V. I.- INTRODUCCIÓN

A pesar de que el objeto del presente estudio se circunscribe a aquellos países cuyas legislaciones regulan de forma expresa la modalidad de la *"custodia compartida"* entendida como aquel sistema en el que tiene lugar la alternancia de los y las menores con cada uno de sus progenitores, una vez producido el cese de su convivencia, no se ha querido dejar pasar la oportunidad de hacer una reseña de la regulación de la responsabilidad parental y custodia en cada una de las legislaciones internas de todos y cada uno de los países que forman parte de la Unión Europea, incluyendo Bulgaria y Rumania cuya entrada está prevista para el día 1 de Enero de 2007.

La reseña que se realiza a continuación ha sido elaborada mediante el análisis de la legislación de cada uno de los países y otras informaciones complementarias, en algunos casos más profusas que otras, razón por la que el análisis en unos países es más extenso que en otros.

Resulta interesante destacar las siguientes notas características:

- El modelo general es el de la responsabilidad parental conjunta en los supuestos de ruptura.
- Se potencia que los progenitores consensúen cual será el lugar de residencia principal del o de la menor, de tal forma que, la práctica totalidad de los textos legales establecen, con carácter imperativo, que, a falta de acuerdo, el/la Juez/a deberá atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental, con carácter exclusivo, a uno/a de los/las progenitores/as, con quien residirán los hijos e hijas comunes, teniendo, por tanto éste/a facultad exclusiva para determinar el lugar de residencia.
- El ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental supone, en unos países que el/la progenitor/a a quien ha sido atribuido podrá decidir, de forma unilateral, todas las cuestiones relativas a la vida del y de la menor, manteniendo el/la otro/a progenitor/a tan solo un derecho de información y de comunicación y contacto con los hijos e hijas comunes; sin embargo en otros países este ejercicio tan solo conlleva el cuidado cotidiano y comporta la posibilidad de elección del lugar de residencia de los y las menores, necesitando el consentimiento del otro/a progenitor/a para tomar decisiones relativas a otros aspectos fundamentales en la educación y desarrollo del y de la menor.
- Todas las legislaciones recogen de forma expresa el principio del *"bonum filii"*, como principio rector de las decisiones que se adopten en relación con los y las menores.

V. II.- PAÍSES OBJETO DE ESTUDIO:

a.- ALEMANIA

La responsabilidad parental comprende el cuidado de la persona y los bienes del hijo según se recoge en su Código Civil, *"Burgerliches Gesetzbuch"*, -en adelante *BGB*- que incluye también la recomendación dirigida a los progenitores de tomar en consideración la autonomía creciente del y de la menor en todas aquellas decisiones que afecten a la esfera de la responsabilidad parental.

El propio BGB distingue el alcance y contenido del concepto *"cuidado"* de la persona, el cual comprende especialmente el derecho y obligación de cuidar, educar, y vigilar al hijo o la hija, representarle, así como determinar su lugar de residencia proclamando además de forma expresa que los hijos e hijas tienen derecho a una educación sin violencia.

En los supuestos matrimoniales la responsabilidad parental sobre los hijos e hijas comunes es conjunta y en los supuestos no matrimoniales corresponde a la madre la titularidad de la responsabilidad parental salvo que:

- Se produzca una declaración conjunta del padre y la madre en orden a asumir la responsabilidad parental.
- El padre y la madre contraigan matrimonio entre si.

En caso de que los progenitores vivan separados de forma definitiva, se mantendrá la responsabilidad parental compartida, ahora bien cada uno de ellos podrá solicitar que el Juzgado de Familia le atribuya en exclusiva el ejercicio de la responsabilidad parental o, en su caso, realice una atribución parcial sobre determinados aspectos de dicha responsabilidad.

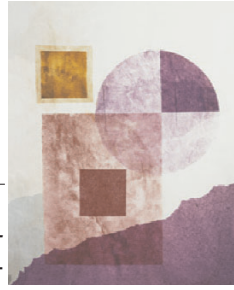
El Tribunal deberá acceder a la petición siempre que:

- El otro progenitor preste su consentimiento, salvo que el hijo o la hija, mayor de 14 años, se oponga a ello o
- El Tribunal considere que es lo más beneficioso para el menor o la menor.

Todo ello sin perjuicio del derecho de información que asiste al/a la progenitor/a privado/a de la responsabilidad parental respecto de la situación personal del menor o de la menor así como del derecho a mantener contacto y comunicación con los mismos.

Cuando en los supuestos de ruptura la responsabilidad parental continua siendo conjunta, se requerirá el acuerdo de ambos progenitores para adoptar decisiones sobre asuntos de fundamental importancia para la vida del hijo o la hija. En estos supuestos, el/la progenitor/a con quien habitualmente resida el hijo o la hija tendrá la facultad exclusiva de adoptar decisiones sobre asuntos de la vida diaria que el propio BGB define como aquellos que aparecen con frecuencia en la vida del menor o la menor y que no perturban el desarrollo normal del hijo o de la hija.

Por tanto la legislación alemana no contempla expresamente la posibilidad de una residencia alterna del y de la menor con cada uno de los progenitores lo cual no es óbice para que sean estos quienes de común acuerdo regulen este sistema.



b.- AUSTRIA

El Código Civil austriaco, en adelante ABGB, define la responsabilidad parental -*"Obsorge"*- como el deber de los padres de cuidar y educar a sus hijos e hijas menores de edad, administrar su patrimonio y ostentar su representación. En el cumplimiento de esas obligaciones y en el ejercicio de esos derechos ambos progenitores deben proceder de mutuo acuerdo.

El propio Código Civil define que se entiende por *"cuidado"* y *"educación"* de los hijos e hijas indicando que dentro de esos conceptos se comprenden especialmente:

> *"... la atención a su bienestar físico y a su salud, así como la supervisión directa de su educación, especialmente el desarrollo de las facultades físicas, intelectuales, psíquicas y morales, el fomento de las disposiciones, capacidades, inclinaciones y posibilidades del desarrollo del hijo y la hija, así como su formación académica y profesional." -artículo 146 ABGB-*

Y el segundo párrafo del mismo artículo 146 viene a precisar que el alcance de ese cuidado y educación debe estar en consonancia con el modo de vida de los progenitores, dando entrada el texto legal al y a la menor, cuya voluntad deberá ser tenida en cuenta siempre que no sea contraria a su interés o sea incompatible con las circunstancias de sus progenitores. La titularidad de la responsabilidad parental sobre los y las menores viene atribuida a ambos progenitores desde el momento de su nacimiento, si se trata de un hijo o hija matrimonial, mientras que si se trata de un hijo o hija extramatrimonial la responsabilidad parental será ostentada por la madre, salvo que ambos progenitores realicen una declaración conjunta al respecto.

Con carácter general la legislación austriaca atribuye a ambos progenitores el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental durante la convivencia y en los supuestos de ruptura no se prevé legalmente la modificación del ejercicio de dicha responsabilidad, conservándose a favor de ambos progenitores el ejercicio conjunto; pero la legislación de Austria sí contempla la posibilidad de que ambos progenitores, con anterioridad a su ruptura, establezcan pactos en relación con la atribución del ejercicio de la responsabilidad para el caso de que se produzca el cese de la convivencia.

El derecho austriaco no contiene, como la gran parte de las legislaciones de los países comunitarios, el término guarda y custodia y lo que viene a regular es el sistema sobre "*la residencia*" del y de la menor.

Para la fijación de la residencia de los hijos e hijas comunes es necesario el acuerdo de ambos progenitores, quienes deberán presentar ante el Juzgado, dentro de un plazo razonable, un acuerdo sobre el lugar de residencia principal del y de la menor. Este acuerdo deberá ser aprobado por el Tribunal siempre y cuando no perjudique su interés, por tanto el único limite que, de forma expresa se establece, que pueda acotar la voluntad de los progenitores en orden al establecimiento de este sistema de residencia es el interés del y de la menor; una vez que el Tribunal ha comprobado que no ha sido vulnerado viene obligado a aprobar el acuerdo alcanzado por aquellos.

En el supuesto de que padre y madre, de forma consensuada, decidan ejercitar la responsabilidad parental de forma conjunta, pueden, además, acordar un reparto de las obligaciones que conforman dicha responsabilidad.

Ahora bien, si los progenitores no consiguen alcanzar un acuerdo en orden al establecimiento de la residencia principal del y de la menor, el Tribunal atribuirá el ejercicio de la responsabilidad parental a uno solo de los progenitores en exclusiva.

En ningún caso se establece la posibilidad legal de que en los procesos de ruptura, el Tribunal tenga potestad para establecer el sistema de residencia alterna. En estos supuestos en que no existe acuerdo entre los progenitores sobre el sistema de residencia de sus hijos e hijas el Tribunal, como ya se ha expuesto, viene obligado a otorgar la responsabili-

dad parental en forma exclusiva a uno/a solo de los progenitores, quien decidirá el lugar de residencia de los hijos e hijas comunes.

La legislación austriaca incentiva claramente la adopción de acuerdos por parte de los progenitores en orden al ejercicio conjunto de la responsabilidad parental sobre los hijos e hijas comunes, ya que en caso de no alcanzarse un acuerdo el Juzgado vendrá obligado a atribuir ese ejercicio al padre o a la madre quien la ejercitará de forma exclusiva, dejando a salvo el derecho de comunicaciones y de información que corresponde al otro/a progenitor/a; en consecuencia los Tribunales no están facultados para decidir sobre la residencia de los hijos e hijas menores, pues tal facultad queda reservada al/a la progenitor/a que le haya sido atribuido el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental.

c.- BULGARIA

El Código de Familia de la República de Bulgaria, *"Promulgated State Gazette n° 41/28.05.1985"*, utiliza el termino de *"derechos y obligaciones parentales"* en referencia a la responsabilidad parental que el padre y la madre tienen asignada para ser ejercida exclusivamente en interés de los hijos e hijas menores, si bien el ejercicio de dicha responsabilidad incluye una función social por cuanto debe estar encaminada a preparar a los hijos e hijas hacia una actividad socialmente útil.

Aunque legalmente no se utiliza el término de custodia el Tribunal Supremo define el *"ejercicio de los derechos parentales"* como el ejercicio diario de dichos derechos en relación a la protección, defensa y representación de los hijos y las hijas.

La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores con independencia del estado civil. En caso de desacuerdo en relación con alguna medida a tomar con el y la menor, será el Tribunal quien decida, previa audiencia de los progenitores y, en su caso, del y de la menor.

La limitación en el ejercicio de la titularidad parental así como su extinción o suspensión deberá ser siempre acordada por el órgano judicial competente.

En caso de divorcio, no existe separación legal en Bulgaria, si los progenitores alcanzan un acuerdo son ellos mismos los que determinan la forma en que se ejercitará la responsabilidad parental. De no existir acuerdo, el Tribunal decidirá a cual de ellos atribuye el ejercicio de la responsabilidad parental, así como otras medidas en relación con el ejercicio de la misma, las relaciones personales entre el menor y la menor y sus progenitores e igualmente decidirá el mantenimiento económico o sustento del menor o la menor. Para adoptar estas decisiones el órgano judicial escuchará a los hijas e hijas menores que hayan cumplido los 14 años de edad e incluso a partir de los 10 años si lo considera conveniente.

El Código de Familia de la República de Bulgaria no contiene ninguna mención expresa en relación con la residencia del y de la menor en los casos de divorcio, limitándose a establecer, con carácter general, que cuando los padres no viven juntos y no son capaces de alcanzar un acuerdo sobre con cual de ellos el niño o la niña residirá, esta disputa será resuelta por el Juzgado competente, que atribuirá el ejercicio de la responsabilidad a uno/a de los/las progenitores/as, con el que, consecuentemente, residirá el hijo o la hija común, sin perjuicio del régimen de comunicaciones que corresponde al otro progenitor. No obstante, cuando, en un procedimiento de divorcio, el Juzgado decide quien ejercita la responsabilidad parental será con aquel progenitor con quien resida el menor.

Cabe por tanto concluir que la normativa búlgara no regula expresamente la posibilidad de establecer una residencia alterna en los casos de crisis de pareja y según la información de la que disponemos no existe ningún caso documentado, al menos hasta el año 2004, en el que se haya establecido esta modalidad de residencia.

d.- CHIPRE

La responsabilidad parental o más concretamente *"el cuidado parental"* -, de conformidad con la *"Ley relativa a las relaciones entre los progenitores y los hijos e hijas y las obligaciones alimenticias"*, incluye las siguientes facultades y deberes, respecto de los y las menores de edad:

- La designación del nombre,
- El cuidado de la persona,
- La administración de las propiedades y
- La representación del o de la menor en cualquier situación.

El *"cuidado parental"* del o de la menor es una obligación y un derecho de los progenitores que deben ejercitar conjuntamente, siempre en interés de aquellos. En este contexto, cada decisión de los progenitores que concierne al ejercicio de la responsabilidad parental tiene por objetivo el interés del y de la menor concepto que, como ocurre en la práctica totalidad de las legislaciones estudiadas, no tiene una definición concreta.

Sin embargo, el *"cuidado parental"* de un o de una menor nacido fuera del matrimonio y cuyos progenitores no han contraído matrimonio, corresponde a la madre a no ser que el padre adquiera la titularidad de la responsabilidad parental a través del reconocimiento de la filiación.

Llama poderosamente la atención el mandato legal expreso dirigido a los progenitores en cuanto a la no discriminación por razón de sexo a la hora de asumir las obligaciones que entrañan el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de sus titulares.

En la legislación de la República de Chipre, dentro de la responsabilidad o *"cuidado parental"*, se distingue una parcela que recibe el nombre de *"cuidado de la persona"* y que abarca principalmente la crianza y supervisión, del y de la menor, su educación y formación así como la fijación de su residencia.

En caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, el ejercicio de la responsabilidad parental debe de ser regulado por el Juzgado competente. El ejercicio de la responsabilidad será asignado a uno de los dos progenitores, padre o madre, a menos que, existiendo un acuerdo entre ellos, se conceda a los dos conjuntamente en cuyo caso deberán de mutuo acuerdo fijar el lugar de residencia del y de la menor.

La atribución del ejercicio de la responsabilidad parental por parte del Juzgado a uno de los progenitores lleva implícita la asunción por parte de éste del cuidado del y de la menor manteniéndose a favor del otro o la otra progenitor/a con quien no reside el menor o la menor, un derecho de contacto y comunicación personal con éste o ésta.

Para decidir al respecto, el Juzgado tomará en consideración las relaciones del o de la menor con su progenitor/a, los acuerdos alcanzados por éstos y, desde luego, el interés del o de la menor. Para ello recabará informe de los y las trabajadores/as sociales y tendrá en cuenta los deseos del o de la menor si éste o ésta es suficientemente maduro/a. Las resoluciones judiciales deben de ser ecuánimes respecto de ambos, padre y madre, y no discriminatorias por razón de sexo, la lengua, religión, creencias, nacionalidad, estatus social o nivel económico.

En conclusión, a la vista de la regulación sobre la materia, no se regula de forma expresa la figura de la residencia alterna.

e.- DINAMARCA

La ley danesa. *"Lov om forældremyndighed og samvær"*. Ley sobre la Responsabilidad parental y el régimen de estancias y comunicaciones- define la *"Forældremyndighed"* -responsabilidad parental- como el deber de los padres de cuidar al niño o la niña y de tomar decisiones sobre su situación personal de acuerdo con sus intereses y necesidades; contempla así mismo el deber de proteger al menor y a la menor de la violencia física y psíquica así como de otro trato ofensivo.

Se establece como regla general el ejercicio de la *"Forældremyndighed"* -responsabilidad parental- compartida si los progenitores están casados el uno con el otro al nacer el hijo o la hija, o bien si contraen matrimonio posteriormente. En el caso de que los progenitores no estuvieran casados el uno con el otro, la madre tendrá la titularidad exclusiva de la *"Forældremyndighed"* -responsabilidad parental- salvo que establezcan de común acuerdo la *"Forældremyndighed"* -responsabilidad parental- compartida.

En caso de separación o divorcio, los progenitores podrán acordar el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental -*"Forældremyndighed"* que sólo será válido si consta registrado en la *"Statsamtet"* -delegación provincial-. A falta de acuerdo o en el supuesto de que éste no hubiera sido aprobado, el Tribunal atribuirá en exclusiva a uno de los progenitores el ejercicio de la *"Forældremyndighed"* -responsabilidad parental- sin perjuicio del derecho de comunicación y contacto así como del derecho a recibir información que se mantienen por parte del otro/a progenitor/a.

En la legislación danesa no se regula de forma expresa la posibilidad de una residencia alterna del menor o la menor, sin embargo cabe la posibilidad de que los progenitores de común acuerdo establezcan este sistema. En la actualidad la normativa relativa a la *"Forældremyndighed"* -responsabilidad parental- está siendo objeto de revisión.

f.- ESLOVENIA

De conformidad con la regulación sobre esta materia en la República de Eslovenia, los progenitores ostentan el derecho y la obligación de garantizar un desarrollo mental y físico adecuado del o de la menor a través de su cuidado directo, su trabajo y actividad.

En caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, el contenido de la responsabilidad parental no se modifica. Si existe acuerdo de ambos progenitores, según reciente reforma legal, la responsabilidad parental puede ejercitarse por ambos. A falta de acuerdo, en los supuestos contenciosos, ésta se atribuye a uno de los progenitores que será con quien finalmente resida el o la menor. Esta atribución, conlleva la toma de decisiones sobre las cuestiones domésticas y prácticas.

Por su parte, el/la progenitor/a no conviviente tiene el derecho a participar en los aspectos fundamentales del o de la menor y a mantener comunicación y contacto con éste o ésta a través de un régimen de visitas. En caso de disconformidad, la cuestión se someterá al Juzgado competente quien resolverá lo que proceda.

A la hora de decidir sobre las materias relacionadas con la responsabilidad parental, el Tribunal tomará en consideración la opinión del o de la menor si, a juicio del propio Tribunal, éste o ésta tiene suficiente madurez para expresar una verdadera opinión. Igualmente, recabará el informe de los trabajadores y las trabajadoras sociales en orden a determinar el ejercicio de las responsabilidades parentales de los progenitores tras la crisis matrimonial o de pareja.

Consecuentemente, la figura de la residencia alterna no se regula expresamente en la República de Eslovenia.

g.- ESTONIA

Según la Ley de Familia de la República de Estonia, los progenitores tienen el derecho y el deber de criar y cuidar a sus hijos e hijas. Además, se les requiere legalmente para que protejan los derechos e intereses de sus descendientes, y ostenten la representación legal de los mismos. En el ejercicio de la responsabilidad parental deben velar en todo momento por el interés del y de la menor.

El divorcio o la separación de los progenitores no afecta en sí a la responsabilidad parental, ambos conservan los derechos y deberes que aquélla engloba aunque no vivan bajo el mismo techo. En principio, son los progenitores los que determinan de común acuerdo con cual de los dos residirá el o la menor. En este sentido, el/la progenitor/a que convive con el o la menor ejercitará todos los aspectos de la responsabilidad parental que se encuentran vinculados a la vida doméstica y cotidiana del o de la menor. No obstante, el otro u otra progenitor/a conserva el derecho de visitas y comunicación con el o la menor y, además, de conformidad con la Ley de Familia, participa en la crianza del y de la menor de la misma forma que el/la progenitor/a con quien vive el o la hija. A falta de acuerdo y a petición de una de las partes, el órgano competente resolverá sobre la forma de ejercicio de la responsabilidad parental entre los progenitores separados, el régimen de visitas y comunicaciones así como la participación del/de la progenitor/a no residente en la educación y crianza del o de la menor.

La legislación de la República de Estonia sobre esta materia confiere un amplio margen de discrecionalidad a los progenitores a la hora de regular las consecuencias asociadas a la ruptura de la convivencia en cuanto al ejercicio de las responsabilidades parentales sobre sus descendientes se refiere, sin que se regule de forma expresa una alternancia en la residencia del menor o de la menor con cada uno de sus progenitores.

h.- FINLANDIA

De conformidad con el *"Child Custody and Right of Access Act"* 361/1983, el objetivo de la responsabilidad parental es garantizar el desarrollo equilibrado y el bienestar del o de la menor de acuerdo con las necesidades y las aspiraciones personales de éste o ésta. Llama la atención como en la propia Ley se explicitan las condiciones del ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los progenitores. Mientras que en otras legislaciones estudiadas se circunscribe el ejercicio de los derechos y deberes que engloban las responsabilidades parentales a través del concepto indeterminado del interés del menor, en la Ley finesa se fijan expresamente numerosos criterios dirigidos especialmente a los titulares de la responsabilidad parental, así éstos deben:

- Asegurar unas relaciones humanas positivas y próximas entre el menor o la menor y sus progenitores.
- Proporcionar una educación adecuada, en un ambiente de comprensión, protección y atención.
- Ocuparse del menor o de la menor y seguirle en su evolución teniendo en cuenta su edad y la fase de desarrollo en que se encuentre.
- Apoyar y fomentar su espíritu de independencia y capacidad para asumir responsabilidades.

En definitiva y en la medida de lo posible, el menor o la menor tienen que crecer en un ambiente seguro y estimulante y ser escolarizados según sus facultades e inclinaciones personales.

Si los progenitores están casados en el momento del nacimiento del hijo o hija común, ambos tienen la titularidad conjunta de la responsabilidad parental.

Si por el contrario, los progenitores no están casados al nacer el hijo o la hija, la titular de la responsabilidad parental es la madre. El otro progenitor puede ostentar la responsabilidad parental contrayendo matrimonio con la madre.

En este contexto, el o la titular de la responsabilidad parental tiene derecho a decidir sobre los cuidados, la educación, el domicilio y otros aspectos personales del o de la menor, así como ostentar la representación legal del menor o de la menor. Como criterio general, el/la progenitor/a debe tener en cuenta la opinión del niño o la niña en las decisiones que les afecten.

En caso de separación, disolución del matrimonio o nulidad, si ambos progenitores deciden de común acuerdo el ejercicio de la responsabilidad parental de forma conjunta esto significa que ambos continuarán desempeñando las obligaciones y derechos inherentes a la misma y deberán de adoptar las decisiones referidas al menor o a la menor de forma consensuada. Si los progenitores ya no viven bajo el mismo techo, las decisiones de la vida diaria y cotidiana las tomará el/la progenitor/a con quien conviva el menor o la menor. Para las cuestiones importantes, en cualquier caso, se requerirá la aprobación de ambos.

Según la Ley finesa, los progenitores tienen que alcanzar acuerdos sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, sobre si el o la menor va a residir con uno de los progenitores una vez que cese la convivencia y sobre el establecimiento y forma de llevar a cabo el contacto y comunicación con el otro/a progenitor/a. Tales acuerdos deben de figurar por escrito. Igualmente, puede solicitarse la aprobación del referido acuerdo ante un órgano administrativo cuya resolución tiene los mismos efectos que una sentencia.

En el *"Child Custody and Right of Access Act"*, se regula expresamente la posibilidad de que las partes acudan a la mediación, de forma voluntaria, para intentar alcanzar un acuerdo. Si los progenitores no lo consiguen y optan por acudir a los Tribunales, éstos deberán de resolver sobre las materias anteriormente citadas.

En las resoluciones judiciales sobre la responsabilidad parental y el derecho de comunicación y visitas, se incluirán instrucciones dirigidas al/ a la progenitor/a que ostenta la res-

ponsabilidad parental acerca de los deberes, derechos y obligaciones que le incumben. En el caso de que ambos progenitores compartan su ejercicio, se determinarán las responsabilidades de cada uno de ellos. Igualmente, a la hora de dictar una resolución sobre el derecho de comunicaciones y de visitas, el Tribunal detallará la forma en que ha de ser llevada a la práctica. En estos casos, el/la Juez/a tomará en cuenta los acuerdos alcanzados por los progenitores, anteponiendo en todo momento los intereses del o de la menor y, en la medida de lo posible, accediendo a los deseos y opiniones de éste/a. El Juzgado, además, al resolver sobre estas medidas tendrá en cuenta su aplicabilidad a medio y largo plazo.

La Ley finesa, en consecuencia, no regula la alternancia en la residencia de los y las menores al momento de la ruptura de la convivencia de sus progenitores, sino que determina que éstos o, en su defecto, el Juzgado, deberán de decidir con cuál de los progenitores debe de residir el o la menor, sin perjuicio del régimen de comunicaciones y visitas a favor del otro/a progenitor/a.

i.- GRECIA

La responsabilidad parental, o *"cuidado parental"* utilizando el término empleado por el Código Civil de la República de Grecia, se configura como una obligación y un derecho de los progenitores que deben de ejercer de forma conjunta e incluye:

- El cuidado de la persona del menor o de la menor.
- La administración de sus propiedades.
- La representación en cualquier negocio jurídico o intervención judicial relacionada con su persona o sus bienes.

A tenor del texto legal, cualquier decisión tomada por los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental deberá velar por los intereses del menor y de la menor. Asimismo el Código Civil griego establece el mandato, dirigido a los progenitores, de que la educación del menor o la menor se realice sin discriminación por motivo de sexo así como que orienten su personalidad desde la conciencia social. En lo que se refiere a la formación profesional del menor o de la menor, los progenitores tendrán en cuenta sus habilidades e inclinaciones personales.

Cuando los progenitores no estén casados, la madre ostentará la responsabilidad parental. En caso de reconocimiento de la filiación por parte del padre, éste podrá tener también el "*cuidado parental*" si así lo solicita y es acordado por el Tribunal. En este supuesto, el consentimiento de la madre y el interés del y de la menor constituyen factores importantes y decisivos, respectivamente, en la decisión del Juzgado.

La separación, divorcio o nulidad del matrimonio no afecta a la titularidad de la responsabilidad parental de los progenitores. No obstante, el ejercicio será regulado, en todo caso, por el Tribunal correspondiente. Así el Juzgado atribuirá la responsabilidad parental conjunta a ambos progenitores si los dos están conformes y si, igualmente, determinan conjuntamente la residencia del o de la menor. A falta de acuerdo, el Juzgado podrá dividir el ejercicio de la responsabilidad parental entre los progenitores o, incluso, encomendarla a un tercero. A la hora de adoptar tales decisiones, el Tribunal deberá tener en cuenta diferentes criterios que se expresan en la propia Ley: el interés del y de la menor, los acuerdos alcanzados por los progenitores y las relaciones entre éstos y sus descendientes.

La decisión judicial deberá asimismo respetar la igualdad entre los progenitores sin que pueda discriminarse por motivos relacionados con el sexo, la raza, el idioma, la religión, la orientación política o de cualquier otro tipo -ciudadanía, país de origen, nivel social o económico-. Antes de adoptar cualquier decisión relativa a la responsabilidad parental, el Tribunal recogerá y tendrá en cuenta la opinión del menor o de la menor, de acuerdo con su madurez, en la medida en que dicha decisión afecta a sus propios intereses.

Al igual que acontece en otros muchos países, en Grecia, si se acuerda una responsabilidad parental conjunta, ambos progenitores son responsables en la misma medida de todas las cuestiones que afectan al o a la menor y, por tanto, deben de tomar decisiones consensuadas. En caso de atribución exclusiva de la responsabilidad parental a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho a ser informado sobre la persona y patrimonio del menor e, incluso, podrá acudir al Juzgado cuando estime que los actos desarrollados por el progenitor titular excedan del ámbito de la responsabilidad parental o de una administración responsable.

En conclusión, en el Código Civil griego no se contempla expresamente la posibilidad de establecer una residencia alterna del o de la menor entre sus progenitores.

j.- HOLANDA

De conformidad con el *"Dutch Civil Code"*, la *"ouderlijk gezagg"* -responsabilidad parental- comprende la obligación y el derecho del progenitor o progenitora del cuidado y crianza del menor o de la menor. Los conceptos de cuidado y crianza incluyen la atención y responsabilidad en relación al bienestar mental y físico del y de la menor así como el desarrollo de su personalidad, la administración de sus bienes y su representación.

Esta responsabilidad corresponde a ambos progenitores de forma conjunta si están casados en el momento del nacimiento del hijo o hija común. Ahora bien, si los progenitores del o de la menor no están casados la responsabilidad parental corresponde a la madre salvo acuerdo al respecto entre ambos.

En los supuestos de ruptura la *"ouderlijk gezagg"* -responsabilidad parental- seguirá siendo compartida por ambos progenitores salvo que a petición de cualquiera de ellos se solicite al Tribunal atribución exclusiva a uno de ellos con base en el interés del menor o la menor, si bien el criterio mantenido por los Tribunales holandeses es restrictivo en orden a privar a uno de los progenitores del ejercicio de la *"ouderlijk gezagg"* - responsabilidad parental.

En el sistema holandés el progenitor o progenitora con el que vive el o la menor está capacitado/a para adoptar las decisiones del ámbito doméstico y deberán ser consensuadas por ambos todas aquellas otras que resulten transcendentes en la vida de los hijos e hijas tales como opción religiosa, elección de colegio, tratamientos médicos, lugar de residencia, etc. que.

La legislación holandesa distingue diferentes tipos de responsabilidad sobre el y la menor conteniendo los conceptos siguientes:

- Responsabilidad parental: es la ejercida por ambos progenitores conjuntamente o por uno de ellos.
- Responsabilidad conjunta: es la ejercida por un progenitor/a y por su pareja -no progenitora-.

Por tanto tampoco se recoge, de forma expresa en el *"Dutch Civil Code"* la posibilidad de establecer una residencia alterna del menor con ambos progenitores.

k.- HUNGRÍA

La responsabilidad parental que se regula en la *"Ley nº IV de 1952 que regula el matrimonio, la familia y la tutela"* es un concepto legal de cierta complejidad que comprende una serie de derechos y obligaciones referidos a los y las menores tales como:

- Cuidados y alimentación.
- Administración.
- Representación legal.
- Educación, etc...

Los progenitores, titulares de la misma, en su proceder deben de tomar en consideración el grado de madurez, opinión y deseos del o de la menor.

Si los progenitores no han formalizado su relación en el momento del nacimiento de su descendiente, la madre es quien ostenta la responsabilidad parental a menos que la paternidad sea legalmente establecida ya sea a través de un reconocimiento de paternidad voluntario, una decisión judicial o el matrimonio.

La separación legal o de hecho de los progenitores no afecta a la responsabilidad parental que sigue correspondiendo a ambos, salvo acuerdo en contrario. No obstante, y dado que el menor o la menor solo convivirán con uno de los progenitores por mandato expreso de la ley, de hecho una parte importante de la autoridad parental será desplegada por éste en exclusiva. El/la otro/a progenitor/a tiene el derecho a participar en la toma de decisiones de gran trascendencia, por ejemplo: el nombre, el lugar de residencia, escuela, etc…, y tiene el derecho a mantener un contacto y comunicación con sus hijos o hijas.

A falta de consenso en cuanto al lugar de residencia del o de la menor, será el Tribunal quien resolverá sobre ello teniendo en cuenta cual de los progenitores aporta mayores garantías en orden a proporcionar un desarrollo físico, intelectual y moral más favorable para el descendiente.

Consecuentemente no es posible acordar una residencia alterna de conformidad con el Derecho de familia húngaro.

I.- IRLANDA

La regulación sobre la *"responsabilidad parental"* se encuentra en el *"Irish Guardianship of Infants Act 1964"*, *"Irish Family Law Act 1996"* y *"Irish Children Act 1997"*. De acuerdo con el *"Irish Guardianship of Infants Act 1964"*, la responsabilidad parental se asienta sobre tres conceptos básicos: *"guardianship"*, *"custody"* y *"contact"* cuyo significado podría equipararse con los conceptos de la legislación española de patria potestad, custodia y derecho de comunicación y visitas.

De esta forma, el término *"guardianship"* comprende el derecho y el deber de los progenitores respecto a la crianza de sus hijos e hijas así como de su patrimonio. Engloba, por tanto, la obligación de mantener y cuidar apropiadamente del o de la menor y abarca, consecuentemente, las decisiones que tienen que adoptarse en relación al estilo de vida y desarrollo del o de la menor, por ejemplo: educación, religión y cuidados en general.

Por su parte, *"custody"* alude a la función del progenitor o progenitora de proporcionar el cuidado diario físico y el control sobre la crianza del o de la menor.

Delimitados estos dos conceptos, se comprende el significado del tercer término, "*contact*", que alude al derecho de los progenitores a mantener un contacto y comunicación personal con sus descendientes, que es salvaguardado en los supuestos en los que el/la progenitor/a no sea titular o no ostente la custodia de los mismos pero mantenga la *"guardianship"*.

De forma general, como sucede en el resto de legislaciones objeto de estudio, la responsabilidad parental en la República de Irlanda, engloba las siguientes obligaciones y derechos, que deben ser ejecutados en interés de los hijos e hijas comunes:

- Su cuidado y protección.
- Su mantenimiento y sustento.
- Su representación legal.
- La determinación del lugar de su residencia.
- La administración de sus propiedades.

Cuando los progenitores están casados en el momento del nacimiento del o de la menor, ambos ostentan los mismos derechos y obligaciones en relación con el o la misma. Si no están casados, mientras que la madre del niño o niña tiene automáticamente la responsabilidad parental, el padre, sin embargo, podrá adquirir los precitados derechos a través de alguna de las siguientes alternativas:

- Contrayendo matrimonio con la madre,
- Solicitando del Juzgado la concesión del estatus de *"guardianship"* o,
- Con una declaración mutua de ambos, padre y madre.

En la separación judicial los acuerdos que alcancen los progenitores son vinculantes para el/la Juez/a, quien, en caso contrario resolverá discrecionalmente en interés del y de la menor, siendo posible que los derechos y obligaciones de los progenitores en relación con sus hijos e hijas no se vean afectados por la resolución judicial.

En los supuestos de divorcio hay un matiz importante en la legislación por cuanto que, en este caso, los acuerdos de los progenitores no son vinculantes y están supeditados a la valoración del/de la Juez/a.

Otra diferencia a destacar es que el Tribunal, llegado el caso, puede declarar que uno/a de los progenitores no es apto/a para ostentar la *"custody"* del o de la menor, siempre que esté incurso/a en algunos de los supuestos expresamente recogidos en el texto legal, y si así lo hace, ese/a progenitor/a no tendrá ese derecho ni aun en el caso de fallecimiento del otro/a.

En cuanto a la figura de la *"custodia"* compartida entendida como alternancia en la residencia del o de la menor con uno y otro progenitor, la legislación irlandesa no la recoge de forma explicita.

m.- LETONIA

El Código Civil de la República de Letonia determina que la responsabilidad parental comprende una serie de los derechos y obligaciones que se desglosan en:

- Cuidado del menor y la menor, incluyendo dentro de este término su cuidado personal, supervisión y el derecho de determinar su lugar de residencia.

- Representación del menor y la menor y administración de sus bienes.

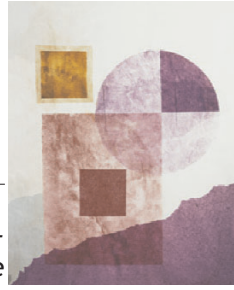
En los casos de separación, divorcio y nulidad del matrimonio, aún cuando los progenitores no vivan juntos con el o la menor, mantienen los derechos y obligaciones derivados de la responsabilidad parental que ostentan. Así, de acordarse una responsabilidad parental conjunta, los progenitores, en las materias que inciden significativamente en el desarrollo del o de la menor, deberán tomar decisiones consensuadas. No obstante, el/la progenitor/a conviviente realiza todas las tareas relacionadas con la administración cotidiana y diaria del o de la menor.

Por su parte, el/la progenitor/a que no convive con el o la menor, tiene la obligación y el derecho de mantener su relación personal y de contacto directo con su descendiente, a través del correspondiente régimen de visitas, y viene obligado a contribuir a su manutención. Igualmente, aquél tiene el derecho complementario a recibir información respecto al desarrollo, salud, progreso educativo y circunstancias domésticas del o de la menor.

En cualquiera de los casos, los progenitores pueden consensuar el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental a favor de uno/a de los progenitores. Igualmente, el Tribunal, dándose los requisitos legales y velando por el interés del y de la menor, puede decidir la atribución de la responsabilidad parental a uno/a de los progenitores, así por ejemplo, cuando resulta acreditado que uno/a de los progenitores no garantiza el cuidado del o de la menor, de tal suerte que se puede poner en peligro su desarrollo físico, psíquico o moral. Se trata, no obstante, de una medida que se aplica con carácter restrictivo.

En caso de desavenencias entre los progenitores sobre cuestiones referidas a la responsabilidad parental, el Juzgado emplazará a las partes a fin de lograr un consenso. Además, a iniciativa propia o a petición del los progenitores, el Tribunal podrá aplazar la decisión sobre la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental con el objetivo de lograr una solución amistosa; de no alcanzarse ésta, podrán las partes acudir al Tribunal, que resolverá tomando en consideración el interés del o de la menor y la opinión y criterio de éste/a cuando tenga suficiente madurez.

De conformidad a la normativa civil de la República de Letonia, no se contempla expresamente la posibilidad de que los progenitores acuerden una residencia alterna.



n.- LITUANIA

El Código Civil de la República de Lituania, al abordar el concepto de *"autoridad parental"*, regula el derecho y la obligación de los progenitores de educar y criar debidamente a sus hijos e hijas, velar por su salud, por su estado físico y mental y crear unas condiciones favorables para su desarrollo pleno y armonioso, de manera que el menor o la menor esté preparado/a para desplegar una vida independiente dentro de la sociedad. Abundando en lo anterior, la normativa establece que los progenitores serán responsables de la educación y desarrollo de sus hijos e hijas, de su salud y de su orientación espiritual y moral, y deberán crear las condiciones necesarias para que éstos y éstas puedan recibir una educación durante la edad escolar obligatoria. Igualmente, se les confiere la administración de las propiedades de los hijos e hijas menores, que deberán gestionar en atención a los intereses de sus descendientes.

Según esta normativa, la *"autoridad parental"* tiene carácter natural y, por consiguiente, la renuncia por parte del padre o la madre de los derechos y las obligaciones sobre sus hijos e hijas menores de edad es nula. Ambos progenitores son solidariamente responsables del cuidado y la educación de sus hijos e hijas. Por lo tanto, carece de importancia que los progenitores estén divorciados o separados, o que su matrimonio haya sido declarado nulo, ya que ambos, en principio, comparten la *"autoridad parental"* sobre sus hijos e hijas menores y, pese a la ruptura, siguen teniendo la obligación de educar y criar debidamente a sus hijos e hijas, velar por su salud y cumplir con las obligaciones alimenticias de acuerdo con su situación económica. En este contexto, los casos de atribución exclusiva o limitación de los derechos y deberes inherentes a la *"autoridad parental"* están tasados y se aplican con carácter restrictivo.

En los casos de separación, divorcio o nulidad, la Ley prima que sean los propios progenitores quienes, de mutuo acuerdo resuelvan las cuestiones referentes al lugar de residencia, la obligación alimenticia hacia los menores y la participación de los progenitores en la educación de los hijos e hijas. En caso de conflicto, el Tribunal será quien decida sobre el establecimiento de la residencia del o de la menor a favor de uno de los progenitores, teniendo en cuenta los intereses y los deseos del o de la menor, el cual deberá ser oído/a si tiene suficiente madurez para expresar sus opiniones.

El Código Civil lituano establece, por un lado, el derecho del padre o de la madre que no convive con el o la menor, a mantener contacto con éste/a y a participar en su educación y, por otro lado, las obligaciones del padre o de la madre con quien convive el menor o la menor; entre estas últimas destaca la relativa a no impedir la comunicación entre el otro/a progenitor/a y el o la menor y la participación de aquél/lla en la educación de los hijos e hijas comunes. El o la progenitor/a no conviviente tiene el derecho a recibir información sobre el menor o la menor de todas las instituciones y autoridades relacionadas con su educación, formación, asistencia sanitaria, protección de los derechos del o de la menor, etc. Dicha información sólo podrá denegarse si la madre o el padre pudiesen poner en peligro la vida o la salud del o de la menor, y en otros casos previstos por la Ley.

Ambos progenitores podrán llegar a un acuerdo sobre la participación del cónyuge no conviviente en la educación de sus hijos/as y en relación al régimen de visitas. En caso de que los progenitores no pudiesen llegar a un consenso, el Tribunal establecerá el régimen a seguir en los asuntos anteriormente referidos. El Tribunal tomará en cuenta los intereses del y de la menor y las posibilidades reales de que el/la progenitor/a no residente pueda participar, en la mayor medida posible, en la educación del o de la menor. El contacto y comunicación del padre o madre no residente se limitará al mínimo sólo en aquellos casos en los que un amplio régimen de visitas sea perjudicial para los intereses del o de la menor.

El Código Civil de Lituania no regula expresamente la posibilidad de aplicar un sistema de residencia alterna.

o.- LUXEMBURGO

La *"autorité parentale"* -responsabilidad parental- se define en el Código Civil luxemburgués como el conjunto de derechos y deberes que la ley reconoce al padre y la madre respecto de la persona y los bienes del o de la menor no emancipado/a, con el objetivo de lograr los deberes de protección, educación y mantenimiento que les son inherentes. Por tanto, esta *"autoridad"* tiene una finalidad concreta que no es otra que la de proteger la seguridad, la salud y la moralidad del o de la menor. Por este motivo, los progenitores ostentan los derechos y deberes de guarda, cuidado y educación; no es un derecho absoluto y discrecional, sino que debe ejercitarse en atención al interés del o de la menor.

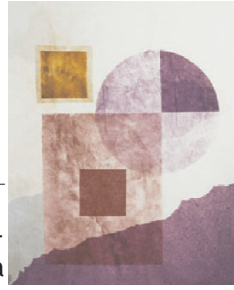
Constante el matrimonio, el padre y la madre ostentan la *"autorité parentale"*, que es ejercitada de forma conjunta. Tratándose de una pareja de hecho, el padre o la madre que voluntariamente reconozca a ese o a esa menor, ostentará la responsabilidad parental si el reconocimiento se realiza tan solo por uno de ellos. Si el reconocimiento de la filiación se realiza por padre y madre, la autoridad parental corresponde a la madre. Ahora bien, no existe impedimento para que los progenitores ejerciten la responsabilidad parental en común sobre su descendiente si realizan una declaración conjunta ante el Juzgado competente.

En caso de separación de hecho o divorcio por mutuo acuerdo, los progenitores pueden llegar a una alianza para ejercer conjuntamente la responsabilidad parental; en tal caso, se presupone la existencia de un terreno de entendimiento y de consenso recíproco en el interés de una colaboración continuada y constructiva en las decisiones concernientes a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos e hijas comunes.

En los supuestos de divorcio y a falta de consenso entre los progenitores, el Juzgado que resuelve sobre la disolución del matrimonio conferirá la guarda del o de la menor a uno/a o a otro/a de los cónyuges, según lo que requiera el interés del y de la menor. En el derecho civil luxemburgués, la atribución de *"la guarda"* a uno u otro de los progenitores supone que éste o ésta ejercita la responsabilidad parental, dejando siempre a salvo el derecho de visitas y de vigilancia o control y específicamente sobre las directrices educativas que impone el o la progenitora conviviente. Correlativamente, el o la progenitor/a conviviente tiene la obligación de informar al otro progenitor y de mantenerle al corriente de la decisiones y hechos importantes relativos al o a la menor.

El Tribunal puede ordenar una modificación del ejercicio titularidad de "*la guarda*" o imponer al progenitor/a que reside con el o la menor determinadas condiciones sobre su educación en los casos en los que se utiliza el derecho de guarda en contra de los intereses del hijo o la hija.

No recoge la legislación luxemburguesa de forma expresa la residencia alterna.



p.- MALTA

El concepto de responsabilidad parental en Malta engloba todo lo relativo al cuidado, bienestar, educación y mantenimiento de los hijos e hijas, así como los aspectos relativos a la administración de los bienes de su propiedad.

La titularidad de la responsabilidad parental corresponde a:

- Ambos progenitores si están casados.
- Ambos progenitores si no están casados pero el padre reconoce al hijo o la hija conjuntamente con la madre.
- A la madre si no están casados los progenitores y no hay un reconocimiento conjunto.

En los supuestos de separación y divorcio la legislación maltesa concede una especial preponderancia al acuerdo que alcancen los propios interesados y de esta forma, el acuerdo que no se ha podido alcanzar antes de iniciar la vía judicial puede intentarse a través de servicios de mediación una vez que se ha iniciado el proceso contencioso. Alcanzado el acuerdo, para que el mismo sea vinculante es necesario que sea inscrito en un registro publico *"ad hoc" y* debe ser aprobado judicialmente.

Si no se logra el acuerdo extrajudicial, ni siquiera durante el procedimiento, el órgano judicial remite a las partes a los servicios sociales. Estos servicios sociales realizarán un estudio de las circunstancias de la familia teniendo en cuenta la situación de cada miembro, y recabando información tanto de los centros escolares de los menores como de aquellos profesionales que, en su caso, hayan evaluado a las partes y tengan un conocimiento directo de la situación familiar.

Una vez realizado el informe social, podrá el/la Juez/a decidir, a la vista del contenido de dicho informe, sobre la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental. El Tribunal tiene facultad para decidir, además, sobre todas aquellas cuestiones relacionadas con el o la menor tales como su lugar de residencia, régimen de visitas y pensión alimenticia, teniendo en cuenta siempre como principio orientador el interés del niño o la niña.

El/la progenitor/a que no conviva con sus descendientes deberá tomar parte en todas aquellas decisiones que conciernan a los y las menores, quedando el/la progenitor/a conviviente facultado/a para realizar de forma exclusiva aquellos actos relativos a la vida ordinaria de los y las menores, y en el supuesto de que sea atribuido al progenitor conviviente de forma exclusiva la responsabilidad parental, la facultad de tomar decisiones sobre los menores quedará limitada por el derecho de comunicación e información que mantiene el otro progenitor/a.

En consecuencia, tampoco se regula en Malta la posibilidad expresa de una residencia alterna.

q.- POLONIA

En el Derecho de Familia de la República de Polonia se emplea el concepto de *"autoridad parental"*. La principal regla relativa a esta *"autoridad"* se encuentra precisamente en la Constitución del 2 de abril de 1997, en la que se establece que los progenitores tienen el derecho de *"criar"* al o la menor de conformidad con sus propias convicciones. Esta disposición constitucional tiene su desarrollo legal en el Código Polaco de Familia y Tutela publicado en el año 1964 -*"Kodeks rodzinny opiekunczy"*-. Así, la *"autoridad parental"* incluye una serie de deberes y derechos, que deben de ser ejercitados por sus titulares, en principio los progenitores del o de la menor, de forma conjunta y en su interés, principio básico de la regulación sobre esta materia. Éstos son:

- El cuidado del desarrollo físico y mental y protección del o de la menor, tomando en consideración sus habilidades, con el objetivo de prepararles para poder desempeñar en el futuro un trabajo que beneficiará a la sociedad.
- La representación legal.
- La determinación del lugar de residencia.
- La administración de las propiedades del o de la menor.

El Código Polaco; de Familia y Tutela no se refiere específicamente a la educación de los y las menores de edad, no obstante, tal deber se encuentra implícito en la expresión "*cuidado del desarrollo físico y mental*".

En cuanto a la titularidad se refiere, si la madre del o de la menor está unida en matrimonio en el momento de nacimiento, el marido de ésta es designado como el padre del o de la menor y, por tanto, ambos ostentan y ejercitan de manera conjunta la *"autoridad parental"*; si la madre no está casada, es ella quien, con carácter exclusivo, detenta la responsabilidad parental, a no ser que la paternidad sea reconocida de forma voluntaria o establecida a través de resolución judicial. No obstante, en este último supuesto, en principio, el padre no ostentará la responsabilidad parental a menos que contraigan matrimonio con posterioridad, en cuyo caso, y a solicitud del padre, el Juzgado considerará tal circunstancia a la hora de otorgar la *"autoridad parental"* al padre.

En caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, la *"autoridad parental"* no se ve afectada, por cuanto ésta tiene su razón de ser en la propia filiación del o de la menor y, consecuentemente, es independiente de la formalización legal de la unión de los progenitores.

Si los progenitores no están casados mutuamente o están casados pero viven separados, el Juzgado deberá indicar a cual de ellos confía el ejercicio de la *"autoridad parental"* y con el que residirá el o la menor. El otro u otra progenitor/a, por tanto, tendrá limitadas sus responsabilidades parentales sobre el o la menor, pero mantendrá a salvo un derecho de comunicaciones y visitas y conservará la obligación de participar en el mantenimiento y sustento del hijo o hija.

No obstante lo anterior, el/la Juzgador/a, al que el Derecho de Familia polaco concede un amplio margen de discrecionalidad acotado por el principio básico del interés del o de la menor, puede otorgar la "autoridad parental" conjunta tras la crisis de pareja o de matrimonio. En tal caso, ambos progenitores, y en la medida de lo posible, ejercitarán de forma consensuada los derechos y obligaciones que comprende la *"autoridad parental"*.

Con respecto a la residencia del o de la menor, se fijará a favor del/de la progenitor/a con el/la cual esté regularmente. A falta de este último criterio, el lugar de residencia será establecido por el Juzgado, no conteniendo el Código Polaco de Familia y Tutela, al igual que ocurre en la mayoría de las legislaciones estudiadas, una norma relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de los hijos o hijas o de alguno de los progenitores.

En conclusión, el Código Polaco de Familia y Tutela no contempla expresamente la posibilidad de una residencia alterna en los casos de ruptura matrimonial o extramatrimonial.

r.- PORTUGAL

El concepto de *"Poder Paternal"* responsabilidad parental incluye una serie de derechos y deberes de naturaleza personal -derecho de control y representación, deber de respetar, ayudar y educar, derecho/deber de custodia- y de naturaleza material -derecho de administración de la propiedad de los hijos e hijas-. Por regla general, son ambos progenitores los que poseen y ejercen el *"poder paternal"* sobre sus hijos e hijas.

En caso de divorcio, separación y/o nulidad matrimonial, los acuerdos sobre temas relacionados con los hijos e hijas, tales como ejercicio de la responsabilidad parental, régimen de visitas, la manutención de los mismos y su sistema de pago se establecerán por medio de un acuerdo entre los progenitores, que deberá ser aprobado en un Tribunal. Asimismo, pueden acordar que determinados asuntos sean resueltos de común acuerdo entre ellos o que la administración de los bienes de los hijos e hijas sea asumida por el/la progenitor/a custodio/a.

En caso de desacuerdo, el Tribunal tomará una decisión en concordancia con los intereses del menor y de la menor, y otorgará el poder de custodia a uno de los progenitores, regulando un régimen de visitas con el/la progenitor/a que no residirá con ellos.

En situaciones de particular importancia, o en aquellos casos en que la ley requiera el consentimiento de ambos progenitores, aquel/lla de ellos que no resida con el menor o la menor deberá ser consultado/a y dar su consentimiento. Es más, el progenitor o progenitora que no ejerza el *"Poder Paternal"* tendrá la facultad de supervisar la educación y las condiciones de vida del menor o la menor.

Al momento de resolver sobre la atribución del *"poder paternal"* el juzgado no está sometido a criterios de estricta legalidad, sino que en cada caso debe adoptar la solución que estime más apropiada. Por tanto, cuando tenga que intervenir en la determinación del ejercicio del *"poder paternal"*, deberá guiarse, única y exclusivamente, por la consideración de los intereses del y de la menor.

En caso de desacuerdo entre los progenitores en cuanto a la atribución del *"poder paternal"*, se llevará a cabo una vista en la que el Juez o Jueza podrá solicitar la intervención de los equipos psicosociales y deberá oír al menor o a la menor siempre y cuando sea mayor de 14 años.

La legislación civil portuguesa no contempla expresamente la posibilidad de que los hijos vivan durante periodos alternos en casa de uno y otro progenitor/a. No obstante, en la práctica, puede suceder que el niño alterne su lugar de residencia, si el *"poder paternal"* es ejercido conjuntamente por ambos progenitores.

Si los padres acuerdan establecer este sistema de *"residencia alterna"*, este acuerdo deberá ser ratificado ante el Juzgado competente o en el Registro Civil, siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal quien deberá expresar su opinión sobre el acuerdo alcanzado antes de proceder a su aprobación definitiva.

En Portugal, en consecuencia, no se recoge en el texto legal la posibilidad de la residencia alterna, careciendo los Tribunales de potestad alguna para imponerla en contra de la voluntad de los progenitores.

s.- RUMANÍA

La responsabilidad parental -*"autoritatea tutelarã"*- en el Código de Familia de la República de Rumania comprende una serie de derechos y obligaciones en relación con la persona y las propiedades del y de la menor.

Según la ley rumana, ambos progenitores tienen la responsabilidad parental *"ex lege"*. En caso de divorcio -no se regula la separación legal- el Juzgado tiene la obligación de determinar con cual de los progenitores debe residir el y la menor, siendo éste/a progenitor/a quien tiene la facultad de tomar las decisiones ordinarias en el cuidado de los hijos e hijas comunes y quien decide sobre su lugar de residencia. El/la otro/a progenitor/a, que no resida con el o la menor, tiene el derecho de mantener un contacto con ellos y participar en las decisiones relativas a la educación y formación profesional del hijo o la hija.

No se recoge de forma expresa el sistema de *"custodia compartida"*.

t.- SUECIA

La legislación sueca recoge en su Ley sobre la Responsabilidad Parental *"Act On The Children And Parents Code"-*, el término responsabilidad parental como un concepto jurídico amplio y así, la persona titular de la responsabilidad parental de un niño o niña tiene el derecho y la obligación -Articulo 2-:

1º. De decidir sobre las cuestiones relacionadas con las circunstancias personales del menor o de la menor, tales como lugar de residencia y colegio.

2º. De garantizar su cuidado, seguridad y educación.

3º. De ejercer sobre el niño o niña la necesaria supervisión, teniendo en cuenta su edad, desarrollo y otras circunstancias.

4º. De asegurarse de que el hijo o la hija recibe una atención y educación satisfactoria.

5º De asegurarse de que el menor o la menor esté vigilado/a para impedir que cause daños a otro.

Todas estas obligaciones deberán desempeñarse por el o los titulares de la responsabilidad parental teniendo en cuenta las opiniones del menor o la menor, así como tomando en consideración, de forma progresiva, sus deseos en cualquier medida que se adopte con respecto a ellos.

Aplicando lo anterior al ejercicio de la responsabilidad parental, quien ostenta la misma tiene el derecho y el deber de decidir sobre las cuestiones relacionadas con las circunstancias personales del niño o de la niña y en la práctica, si es conjunta, se traduce en que ambos progenitores han de adoptar de común acuero los asuntos relacionados sobre el menor o la menor y deben decidir con cual de ellos residirá y como se organizará el derecho de estancia y comunicación con el/la otro/a progenitor/a.

La titularidad de la responsabilidad parental es de ambos progenitores si están casados y tan solo de la madre si los progenitores no han contraído matrimonio.

Los progenitores no casados entre sí que deseen tener la responsabilidad parental compartida de su hijo o hija han de informar al Comité de Asistencia Social y al mismo tiempo reconocer la paternidad. La responsabilidad parental se convierte en compartida de forma automática en el momento en que los progenitores contraen matrimonio, siempre y cuando se haya determinado legalmente la paternidad. Si el deseo de obtener la responsabilidad parental compartida se produce en fechas posteriores al nacimiento y no es voluntad de los cónyuges contraer matrimonio, la misma se puede obtener solicitándola conjuntamente ante la Autoridad Fiscal en la que el niño o la niña este registrado/a.

En caso de divorcio, la responsabilidad parental se mantiene compartida salvo que los progenitores opten porque esta responsabilidad se atribuya a uno solo de ellos en cuyo caso podría realizarse de la siguiente forma:

1. Mediante una solicitud conjunta al Juzgado, que decidirá, en función del bienestar del niño y la niña, y puede conceder la responsabilidad parental a uno de los progenitores o mantener el sistema de responsabilidad parental compartida. La ley establece una limitación para el Tribunal que no podrá imponer la responsabilidad parental compartida contra los deseos de ambos progenitores.

   Si éstos no llegan a un acuerdo y acuden al Juzgado, el mismo puede decidir sobre los siguientes puntos:

   - Responsabilidad parental atribuida a uno solo de los progenitores o conjunta.
   - Lugar de residencia del niño o la niña.

- Derecho de visitas para el/la progenitor/a que no conviva con el menor o la menor.
- Pensión de alimentos de los/las menores.

2. O bien mediante un acuerdo ante el Comité de Asistencia Social, firmado por ambos. Este acuerdo se presentará por escrito y será aprobado por el Comité de Asistenciar Social si no es perjudicial para el interés del niño o la niña.

   La regla general de la responsabilidad parental compartida en los casos de divorcio se altera si con anterioridad a iniciarse el procedimiento la misma hubiese sido disuelta por el juzgado en los siguientes casos:

   - A petición de uno de los progenitores.
   - Si uno de ellos ha incurrido en abusos o negligencia sobre el menor o la menor.
   - Cuando el niño o la niña ha sido custodiado/a y educado/a en otro hogar particular que no es el de los progenitores.
   - Si uno de los progenitores esta impedido para ejercerla.

   Los progenitores son libres de regular la responsabilidad parental como consideren y pueden solicitar el divorcio sin hacer planteamiento alguno sobre la misma. Ahora bien, el Tribunal podría decidir sobre la responsabilidad parental compartida en el procedimiento de divorcio, aunque no se plantease por las partes, siempre que entienda que la responsabilidad parental compartida atenta contra el interés del o de la menor.

   Si la responsabilidad parental compartida ha sido objeto de modificación en el procedimiento de divorcio, el progenitor o progenitora que no la ostenta puede recuperarla bien mediante un acuerdo entre ambos, aprobado por el Comité de Asistencia Social, o bien por Sentencia judicial. En ambos casos se valorará el mejor interés del niño o la niña, si bien en el primero se aprobará salvo, que sea claramente incompatible con este interés.

   La legislación sueca hace primar el consenso y establece distintas vías para que, de común acuerdo, los progenitores fijen la forma en que se ejercerá la responsabilidad parental de sus hijos e hijas. Los acuerdos alcanzados pueden ser presentados ante el Comité de Asistencia Social o ante el Juzgado. En el caso de que se opte por presentarse ante el Comité de Asistencia Social, el acuerdo ha de presentarse por escrito y llevar la firma de ambos. El Comité de Asistencia Social del municipio en que esté empadronado el niño/a examinará el acuerdo y lo aprobará, a menos que no coincida con el mejor interés del mismo o que sea manifiestamente incompatible con ese mejor interés. El acuerdo al que lleguen los progenitores, una vez aprobado por el Comité, es jurídicamente vinculante.

   Cabe la posibilidad de que los progenitores opten por presentar el acuerdo ante un Juzgado, que confirmará generalmente ese acuerdo, si bien de forma previa enviará una petición al Comité de Asistencia Social para asegurar que no existen objeciones a la solicitud de los progenitores.

   Un acuerdo aprobado puede modificarse mediante un nuevo establecido entre el padre y madre y aprobado por el Comité de Asistencia Social o en virtud de decisión judicial.

   Con la intención de que los progenitores regulen ellos mismos las medidas en relación con sus hijos e hijas, la legislación sueca atribuye a los Municipios la responsabilidad de velar por que los padres o madres que lo deseen establezcan un acuerdo y con esta finalidad deben promover servicios que contribuyan al encuentro de los progenitores.

   Se regula la mediación como forma de resolver los conflictos existentes entre los progenitores y así se establece expresamente que si los progenitores no llegan a un acuerdo que pueda ser aprobado por el Comité, antes de acudir a la vía judicial, tienen la posibilidad de acudir a entrevistas de mediación.

   El artículo 15 del *"Act on the Children and Parents Code"*, establece como un derecho del y de la menor la comunicación y el contacto con aquel de los progenitores con el que no convive, atribuyendo la responsabilidad compartida a ambos progenitores en cuanto al

cumplimiento de este derecho, que se amplia incluso para las personas especialmente cercanas al menor o la menor.

En la búsqueda del bienestar del y de la menor se regula expresamente la obligación que tiene el progenitor o progenitora con quien conviva el menor o la menor, de facilitar la información necesaria sobre ellos/as para que todos los contactos con la familia y con el/la otro/a progenitor/a con quien no convive sean satisfactorios, tanto en los casos en que la responsabilidad parental es compartida como si la misma es ejercida por uno/a solo/a de los progenitores.

La legislación sueca, pese a recoger expresamente en su articulado cuestiones relacionadas con la residencia del menor o la menor, no establece expresamente que la misma pueda ser alterna con uno y otro progenitor. Se determina que la residencia del menor o la menor la decide aquel/aquella de los progenitores que tiene la responsabilidad parental y en el caso de que ésta sea compartida, deberá ser decidida por ambos progenitores, quienes si no consiguen llegar a un acuerdo deberán acudir al/ a la Juez/a, quien decidirá con cual de los dos progenitores deberá vivir el niño o la niña.

La base de toda la legislación es la intención de proteger la necesidad del niño de mantener un contacto estrecho y satisfactorio con ambos progenitores con independencia de que estos vivan juntos o no.

ANEXO I
"CUESTIONARIO CUSTODIA Y RESPONSABILIDAD PARENTAL"

A.- CUESTIONES GENERALES:

1. ¿Qué significa el concepto de "responsabilidad parental" en su legislación nacional?
2. ¿Cuáles son los derechos y obligaciones que engloba el concepto de responsabilidad parental?
3. ¿Quiénes son los titulares de la responsabilidad parental?
4. ¿Cuáles son las obligaciones del titular o titulares de la responsabilidad parental?
5. ¿Por qué motivos se extingue la responsabilidad parental?

B.- SUPUESTOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD DEL MATRIMONIO:

6. En los supuestos de separación, divorcio y/o nulidad del matrimonio ¿se modifica el contenido de la responsabilidad parental?
7. Si es así, ¿en qué sentido?
8. En los supuestos de separación, divorcio y/o nulidad del matrimonio ¿se atribuye la responsabilidad parental a uno solo de los progenitores?
9. En estos mismos supuestos, ¿a cual de los progenitores se le atribuye la facultad de decidir sobre cuestiones domésticas y habituales relativas a los hijos e hijas comunes, tales como revisiones médicas, seguimiento de los estudios, atención en caso de enfermedad común, etc...? ¿Qué nombre recibe en su legislación nacional este concepto?
10. ¿Cuáles son los derechos y obligaciones del/la progenitor/a que convive con los hijos e hijas comunes en los supuestos de separación, divorcio y/o nulidad del matrimonio?
11. Es esos mismos supuestos, ¿cuáles son los derechos y obligaciones del/la progenitor/a con el que no conviven los y las menores?
12. En los supuestos de separación, divorcio y/o nulidad del matrimonio, ¿qué criterios establece su legislación nacional para atribuir la custodia de los hijos e hijas menores a uno de los progenitores? ¿Con cual de los progenitores residirán los y las menores?
13. En estos casos de separación, divorcio y/o nulidad ¿cuál de los progenitores tiene facultades para tomar decisiones sobre las siguientes cuestiones relacionadas con los hijos e hijas menores: salud, educación, elección del lugar de residencia, administración de bienes, etc..?
14. ¿Tienen ambos progenitores que tomar dichas decisiones de forma conjunta o se atribuye la facultad de elección a uno solo de ellos?
15. En este ultimo caso, ¿a cual de los progenitores se le atribuye la facultad de decisión?
16. Si no existe acuerdo entre los progenitores respecto de las anteriores cuestiones, ¿cuál de ellos decide?, ¿deberán someter la cuestión al Tribunal competente?
17. ¿Existe en su legislación nacional la posibilidad de que en los casos de separación, divorcio y/o nulidad del matrimonio, los hijos e hijas menores convivan de forma alterna con ambos progenitores?

18. ¿Está regulada dicha figura de forma expresa en su legislación?

19. ¿En qué fecha se introdujo en su legislación dicha figura?

20. ¿Cómo se configura este sistema de custodia en su legislación?, ¿con carácter general o excepcional?

21. ¿Es necesario el acuerdo de ambos progenitores para establecer este sistema de custodia?

22. ¿Puede ser adoptado este sistema de custodia por el Tribunal con oposición expresa de uno de los progenitores?

23. ¿Exige la legislación de su país que los y las menores tengan una edad mínima para establecer este sistema de custodia alterna?

24. ¿Es obligatorio que los y las menores sean oídos por el Tribunal antes de aprobar este sistema de custodia?

25. En caso positivo ¿en qué supuestos hay que oír a los y las menores?, ¿necesitan una edad mínima para ser oídos/as?

26. ¿En qué condiciones se lleva a cabo por los Tribunales de su país la audiencia de los y las menores? ¿Es el/la Juez/a quien la realiza personalmente? ¿Se auxilia de terceras personas, como psicólogos/as, trabajadores/as sociales, etc..?

27. ¿Exige la legislación de su país el Informe favorable de psicólogos/as y/o trabajadores/as sociales para otorgar este sistema de custodia?

28. ¿Es necesaria también la intervención del Ministerio Fiscal?

29. En caso positivo, ¿tiene carácter vinculante para el Tribunal el informe del Ministerio Público?

30. ¿Es obligatoria la mediación previa para establecer este sistema de custodia?

31. Aún en el caso de no estar regulada de forma expresa en su legislación nacional este sistema de custodia alterna, ¿podrían adoptarla los progenitores de común acuerdo?

32. ¿Puede el Tribunal otorgar este sistema de custodia sin que haya sido solicitado por alguno de los progenitores?

33. ¿Puede el Tribunal competente establecer un sistema de custodia alterna en contra de la voluntad de uno de los progenitores?

34. ¿Establece la legislación de su país prohibiciones expresas para establecer este sistema de custodia?

35. ¿Cuáles?

36. Cómo se configura en la legislación de su país esta figura:
    - ¿Los hijos e hijas se trasladan del domicilio de un progenitor al del otro?
    - ¿Son los progenitores quienes se trasladan de residencia?
    - ¿Con qué periodicidad se establece la alternancia en la custodia?

37. Una vez fijada la custodia alterna en una resolución judicial, ¿establece la legislación de su país la exigencia de realizar un seguimiento posterior para comprobar su funcionamiento?

38. ¿Está planteando problemas en la práctica este sistema de custodia?

39. ¿Cuáles?

Reglamento (CE) n° 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000

Diario Oficial n° L 338 de 23/12/2003 p. 0001 - 0029

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en particular la letra c) de su artículo 61 y el apartado 1 del artículo 67,

Vista la propuesta de la Comisión(1),

Visto el dictamen del Parlamento Europeo(2),

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo(3),

Considerando lo siguiente:

(1) La Comunidad Europea se ha fijado el objetivo de crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantiza la libre circulación de personas. Con este fin debe adoptar, entre otras cosas, las medidas de cooperación judicial en materia civil necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior.

(2) El Consejo Europeo de Tampere corroboró el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial, y destacó el derecho de visita como prioritario.

(3) El Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000(4), establece normas que regulan la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, dictadas con ocasión de acciones judiciales en materia matrimonial. El contenido de dicho Reglamento coincidía en gran medida con el del Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre el mismo tema(5).

(4) El 3 de julio de 2000, Francia presentó una iniciativa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos(6).

(5) Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial.

(6) Dado que la aplicación de las disposiciones en materia de responsabilidad parental se produce a menudo en el marco de acciones judiciales en materia matrimonial, resulta más apropiado tener un único instrumento en materia de divorcio y de responsabilidad parental.

(7) El presente Reglamento se aplica a las materias civiles, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional.

(8) Por lo que se refiere a las resoluciones judiciales relativas al divorcio, la separación judi-

cial o la nulidad matrimonial, el presente Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias.

(9) En lo que respecta a los bienes del menor, el presente Reglamento se aplica únicamente a las medidas de protección del menor, es decir: i) a la designación y las funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia, y ii) a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor. En este contexto y a título de ejemplo, el presente Reglamento debe aplicarse a los casos en los que exista un litigio entre los progenitores a propósito de la administración de los bienes del menor. Las medidas relativas a los bienes del menor que no se refieran a la protección del mismo deben seguir rigiéndose por el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil(7).

(10) No se pretende que el presente Reglamento se aplique a asuntos tales como los relativos a la seguridad social, a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud, ni a las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración. No se aplica, por lo demás, al establecimiento de la filiación, que es una cuestión distinta de la atribución de la responsabilidad parental, ni a las demás cuestiones ligadas al estado de las personas. Tampoco se aplica a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por menores.

(11) Las obligaciones alimentarias, al estar ya reguladas en el Reglamento (CE) n° 44/2001, están excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Los órganos jurisdiccionales competentes en virtud del presente Reglamento tendrán generalmente competencia para pronunciarse en materia de obligaciones alimentarias en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 44/2001.

(12) Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

(13) Para atender al interés del menor, el presente Reglamento permite al órgano jurisdiccional competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto. Ahora bien, en este caso no se debe autorizar al órgano jurisdiccional al que se remitió el asunto a remitirlo a su vez a un tercer órgano jurisdiccional.

(14) Los efectos del presente Reglamento no deben afectar a la aplicación del Derecho internacional público en materia de inmunidad diplomática. Si el órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento no puede ejercer su competencia debido a la existencia de una inmunidad diplomática con arreglo al Derecho internacional, la competencia debe determinarse en el Estado miembro en el que la persona de que se trate no goce de inmunidad, con arreglo a la legislación de ese Estado.

(15) El Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil(8) es de aplicación a la notificación o traslado de documentos en los procesos incoados en virtud del presente Reglamento.

(16) En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales, incluidas las protectoras, por lo que se refiere a las personas o a los bienes que se encuentren en ese Estado.

(17) En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, ésta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído.

(18) En caso de que se dicte una resolución de no restitución en virtud del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, el órgano jurisdiccional debe informar de ello al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. Este órgano jurisdiccional, si aún no se ha interpuesto demanda ante él, o la autoridad central deben dirigir una notificación a las partes. Esta obligación no debe impedir que la autoridad central dirija asimismo una notificación a las autoridades públicas pertinentes de conformidad con el Derecho nacional.

(19) La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento, sin que éste tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia.

(20) La audiencia de un menor en otro Estado miembro puede realizarse por los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil(9).

(21) El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario.

(22) A efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución, los documentos públicos y los acuerdos entre las partes que sean ejecutivos en un Estado miembro deben asimilarse a "*resoluciones judiciales*".

(23) El Consejo Europeo de Tampere consideró en sus conclusiones (punto 34) que las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares "*se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución*". Por ello, las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. Las modalidades de ejecución de estas resoluciones siguen rigiéndose por el Derecho nacional.

(24) El certificado que se expide para facilitar la ejecución de la resolución judicial no debe ser susceptible de recurso. Contra él sólo debe caber un procedimiento de rectificación en caso de error material, es decir, si el certificado no refleja correctamente el contenido de la resolución judicial.

(25) Las autoridades centrales deben cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo, entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares en el ámbito de la responsabilidad parental. Con este fin las autoridades centrales deben participar en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil(10).

(26) La Comisión debe hacer públicas y actualizar las listas de órganos jurisdiccionales y de vías de recurso que le notifiquen los Estados miembros.

(27) Las medidas necesarias para la aplicación del presente Reglamento deben adoptarse con arreglo a la Decisión 1999/468/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión(11).

(28) El presente Reglamento sustituye al Reglamento (CE) n° 1347/2000, que, por consiguiente, queda derogado.

(29) Es importante para el buen funcionamiento del presente Reglamento que la Comisión examine su aplicación para proponer, si ha lugar, las modificaciones oportunas.

(30) El Reino Unido e Irlanda han manifestado, con arreglo al artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento.

(31) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, este país no participa en la adopción del presente Reglamento, que por consiguiente no le vincula ni le es aplicable.

(32) Dado que los objetivos del presente Reglamento no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor a escala comunitaria, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

(33) El presente Reglamento reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de dicha Carta.

HA ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

Artículo 1
Ámbito de aplicación.

1. El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:

a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial;

b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

2. Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular:

a) al derecho de custodia y al derecho de visita;

b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;

c) a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia;

d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento;

e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

3. El presente Reglamento no se aplicará:

a) a la determinación y a la impugnación de la filiación;
b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción;
c) al nombre y apellidos del menor;
d) a la emancipación;
e) a las obligaciones de alimentos;
f) a los fideicomisos y las sucesiones;
g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

Artículo 2
Definiciones.
A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

1) órgano jurisdiccional, todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento de conformidad con el artículo 1;

2) Juez, el Juez o la autoridad con competencias equivalentes a las del Juez en las materias reguladas por el presente Reglamento;

3) Estado miembro, todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca;

4) resolución judicial, las resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial y las relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto;

5) Estado miembro de origen, el Estado miembro en el que se dictó la resolución judicial que hay que ejecutar;

6) Estado miembro de ejecución, el Estado miembro en el que se solicita la ejecución de una resolución judicial;

7) 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;

8) titular de la responsabilidad parental, cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor;

9) 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;

10) derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado;

11) Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando:

a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención,
y
b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

CAPÍTULO II

COMPETENCIA

SECCIÓN 1
Divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial

Artículo 3

Competencia general.

1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:
- la residencia habitual de los cónyuges, o
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su *"domicile";*

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "*domicile*" común.

2. A efectos del presente Reglamento, el término "*domicile*" se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda.

Artículo 4

Demanda reconvencional.

El órgano jurisdiccional ante el que se sustancien los procedimientos con arreglo al artículo 3 también será competente para examinar la demanda reconvencional, en la medida en que ésta entre en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.

Artículo 5

Conversión de la separación judicial en divorcio.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé.

Artículo 6

Carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5.

Un cónyuge que:

a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien

b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su "*domicile*" en el territorio de uno de estos dos Estados miembros,

sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.

Artículo 7

Competencia residual.

1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su *"domicile"* en el territorio de uno de estos dos Estados.

SECCIÓN 2
Responsabilidad parental

Artículo 8
Competencia general.

1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

2. El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12.

Artículo 9
Mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

1. Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia.

Artículo 10
Competencia en caso de sustracción de menores.

En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:

a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención,
o bien

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

   i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,

   ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),

   iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,

   iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

Artículo 11

Restitución del menor.

1. Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional.
   Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

5. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

6. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado un resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución.

7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor.
   Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto.

8. Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

Artículo 12

Prórroga de la competencia.

1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda:

a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y

b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

2. La competencia ejercida en virtud del apartado 1 cesará:

a) en cuanto sea firme la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, o

b) en cuanto sea firme una resolución sobre responsabilidad parental, en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) aún estén en curso procedimientos relativos a la responsabilidad parental, o

c) en los casos considerados en las letras a) y b), en cuanto hayan concluido los procedimientos por otras razones.

3. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1:

a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro, y

b) cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor.

4. Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 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, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate.

Artículo 13

Competencia basada en la presencia del menor.

1. Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor.
2. El apartado 1 también se aplicará a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país.

Artículo 14

Competencia residual.

Si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

Artículo 15

Remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto.

1. Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor:

a) suspender el conocimiento del asunto o de parte del mismo e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro con arreglo al apartado 4, o
b) solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al apartado 5.

2. El apartado 1 se aplicará:
a) a instancia de parte, o
b) de oficio, o
c) a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial, a tenor del apartado 3.
No obstante, para que la remisión pueda efectuarse de oficio o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, será preciso el consentimiento de al menos una de las partes.

3. Se considerará que el menor tiene una vinculación especial con un Estado miembro, a los efectos del apartado 1, si:
a) dicho Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional a que se refiere el apartado 1, o
b) el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro, o
c) el menor es nacional de dicho Estado miembro, o
d) dicho Estado miembro es el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental, o
e) el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro.

4. El órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto establecerá el plazo en el que deberá presentarse la demanda ante los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro, con arreglo al apartado 1.
Si no se presenta demanda ante los órganos jurisdiccionales en dicho plazo, el órgano jurisdiccional ante el que se presentó seguirá ejerciendo su competencia con arreglo a los artículos 8 a 14.

5. Los órganos jurisdiccionales de este otro Estado miembro podrán declararse competentes en el plazo de seis semanas a partir de la fecha en que se les haya presentado la demanda en virtud de las letras a) o b) del apartado 1 si, por las circunstancias específicas del asunto, ello responde al interés superior del menor. En este caso, el órgano jurisdiccional ante el que se presentó inicialmente la demanda deberá inhibirse. De lo contrario, será competente el órgano jurisdiccional en el que primero se presentó la demanda, de conformidad con los artículos 8 a 14.

6. Los órganos jurisdiccionales cooperarán a efectos del presente artículo, directamente o a través de las autoridades centrales designadas de conformidad con el artículo 53.

SECCIÓN 3
Disposiciones comunes
Artículo 16
Iniciación del procedimiento.

1. Se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional:
a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para que la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado,
o bien
b) si dicho escrito o documento ha de ser objeto de notificación o traslado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación o traslado, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del documento al órgano jurisdiccional.

Artículo 17

Comprobación de la competencia.

El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente.

Artículo 18

Comprobación de la admisibilidad.

1. Cuando una parte demandada con residencia habitual en un Estado distinto del Estado miembro en el que se hubiera presentado la demanda no compareciere, el órgano jurisdiccional competente suspenderá el procedimiento hasta que se tenga constancia de que dicha parte demandada ha estado en condiciones de recibir, con suficiente antelación para defenderse, el escrito de demanda o documento equivalente o de que se han practicado todas las diligencias a tal fin.
2. Se aplicará el artículo 19 del Reglamento (CE) n° 1348/2000 en lugar del apartado 1 del presente artículo, si el escrito de demanda o documento equivalente hubiera de transmitirse de un Estado miembro a otro de acuerdo con dicho Reglamento.
3. Cuando no sean aplicables las disposiciones del Reglamento (CE) n° 1348/2000, se aplicará el artículo 15 del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, si el escrito de demanda o documento equivalente hubiera de transmitirse al extranjero de acuerdo con dicho Convenio.

Artículo 19

Litispendencia y acciones dependientes.

1. Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.
2. Cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.
3. Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquél.

   En este caso, la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar la acción ante el primero.

Artículo 20

Medidas provisionales y cautelares.

1. En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.
2. Las medidas tomadas en virtud del apartado 1 dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del presente Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas.

CAPÍTULO III

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

SECCIÓN 1

Reconocimiento

Artículo 21

Reconocimiento de una resolución.

1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.

2. En particular, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro y que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último.

3. Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución.
La competencia territorial del órgano jurisdiccional indicado en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68 se determinará en virtud del Derecho interno del Estado miembro en el que se inicie el procedimiento de reconocimiento o de no reconocimiento.

4. Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto.

Artículo 22

Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial.

Las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial no se reconocerán:

a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido;

b) si, habiéndose dictado en rebeldía del demandado, no se hubiere notificado o trasladado al mismo el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución;

c) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, o bien

d) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes, siempre y cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

Artículo 23

Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental.

Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán:

a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor;

b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido;

c) si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución;

d) a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona;

e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido;

f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido,
o bien

g) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56.

Artículo 24

Prohibición del control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen.

No podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público a que se refieren la letra a) del artículo 22 y la letra a) del artículo 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los artículos 3 a 14.

Artículo 25

Diferencias en el Derecho aplicable.

No podrá negarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, de separación judicial o de nulidad matrimonial alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos.

Artículo 26

No revisión en cuanto al fondo.

La resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

Artículo 27

Suspensión del procedimiento.

1. El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se hubiere solicitado el reconocimiento de una resolución dictada en otro Estado miembro podrá suspender el procedimiento si dicha resolución fuere objeto de un recurso ordinario.
2. El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se hubiere solicitado el reconocimiento de una resolución dictada en Irlanda o en el Reino Unido podrá suspender el procedimiento si la ejecución estuviere suspendida en el Estado miembro de origen como consecuencia de la interposición de un recurso.

SECCIÓN 2

Solicitud de declaración de ejecutoriedad

Artículo 28

Resoluciones ejecutivas.

1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado.

2. No obstante, en el caso del Reino Unido estas resoluciones sólo se ejecutarán en Inglaterra y el País de Gales, en Escocia o en Irlanda del Norte cuando, a instancia de cualquier parte interesada, hayan sido registradas con vistas a su ejecución en una de estas partes del Reino Unido, según corresponda.

Artículo 29

Competencia territorial de los órganos jurisdiccionales.

1. La solicitud de declaración de ejecutoriedad se presentará ante uno de los órganos jurisdiccionales indicados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68.

2. La competencia territorial se determinará por el lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicite la ejecución o por el lugar de residencia habitual del menor o menores a quienes se refiera la solicitud.
   Cuando ninguno de los lugares de residencia a los que se refiere el párrafo primero se encuentre en el Estado miembro de ejecución, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución.

Artículo 30

Procedimiento.

1. Las modalidades de presentación de la solicitud se determinarán con arreglo a la legislación del Estado miembro requerido.

2. El solicitante deberá elegir domicilio para notificaciones en la circunscripción del órgano jurisdiccional que conozca de la solicitud de ejecución. No obstante, si la legislación del Estado miembro de ejecución no prevé la elección de domicilio, el solicitante designará un representante procesal.

3. Se adjuntarán a la solicitud de ejecución los documentos mencionados en los artículos 37 y 39.

Artículo 31

Resolución del órgano jurisdiccional.

1. El órgano jurisdiccional ante el que se presente la solicitud se pronunciará en breve plazo. En esta fase del procedimiento, no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución.

2. La solicitud sólo podrá ser denegada por alguno de los motivos previstos en los artículos 22, 23 y 24.

3. La resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

Artículo 32

Notificación de la resolución.

El funcionario público a quien corresponda notificará de inmediato la resolución al solicitante de la ejecución de conformidad con las modalidades determinadas por la legislación del Estado miembro requerido.

Artículo 33

Recurso.

1. La resolución sobre la solicitud de declaración de ejecutoriedad podrá ser recurrida por cualquiera de las partes.
2. El recurso se presentará ante uno de los órganos jurisdiccionales indicados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68.
3. El recurso se substanciará según las normas que rigen el procedimiento contradictorio.
4. Si presentara el recurso el solicitante de la declaración de ejecutoriedad, la parte contra la que se solicitare la ejecución será citada a comparecer ante el órgano jurisdiccional que conociere del recurso. En caso de incomparecencia se aplicarán las disposiciones del artículo 18.
5. El recurso contra la declaración de ejecutoriedad deberá interponerse en el plazo de un mes a partir de la fecha de su notificación. Si la parte contra la que se solicitare la ejecución tuviera su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel en el que se hubiere expedido la declaración de ejecutoriedad, el plazo será de dos meses y correrá a partir de la fecha de la notificación, tanto si ésta se hizo en persona como en su residencia. Dicho plazo no admitirá prórroga en razón de la distancia.

Artículo 34

Apelación y recurso ulterior.

Sólo cabrá oponerse a la resolución dictada sobre el recurso mediante los procedimientos enumerados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68.

Artículo 35

Suspensión del procedimiento.

1. El órgano jurisdiccional que conozca del recurso en virtud de los artículos 33 o 34 podrá, a instancia de la parte contra la que se solicite la ejecución, suspender el procedimiento si la resolución extranjera es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen o si el plazo para interponerlo no ha expirado. En este último caso, el órgano jurisdiccional podrá fijar un plazo para la interposición del recurso.

2. Si la resolución hubiere sido dictada en Irlanda o en el Reino Unido, todo recurso previsto en el Estado miembro de origen será considerado como un recurso ordinario a efectos del apartado 1.

Artículo 36

Ejecución parcial.

1. Cuando la resolución se hubiere pronunciado sobre varias pretensiones de la demanda y la ejecución no pudiere otorgarse para la totalidad de ellas, el órgano jurisdiccional concederá la ejecución para una o varias.

2. El solicitante podrá instar una ejecución parcial de la resolución.

SECCIÓN 3

Disposiciones comunes a las secciones 1 y 2

Artículo 37

Documentos.

1. La parte que invocare o se opusiere al reconocimiento de una resolución o solicitare la expedición de una declaración de ejecutoriedad deberá presentar:

a) una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad,
y

b) el certificado contemplado en el artículo 39.

2. Además, en el caso de las resoluciones dictadas en rebeldía, la parte que solicite el reconocimiento o la expedición de una declaración de ejecutoriedad deberá presentar:

a) el original o una copia auténtica del documento que acredite la notificación o traslado del escrito de demanda o documento equivalente a la parte rebelde,
o bien

b) cualquier documento que acredite de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución.

Artículo 38

Ausencia de documentos.

1. De no presentarse los documentos mencionados en la letra b) del apartado 1 o en el apartado 2 del artículo 37, el órgano jurisdiccional podrá fijar un plazo para la presentación de los mismos, aceptar documentos equivalentes o dispensar de ellos si considerase que dispone de suficiente información.

2. Si el órgano jurisdiccional lo exigiere se presentará una traducción de los documentos. La traducción estará certificada por una persona habilitada a tal fin en uno de los Estados miembros.

Artículo 39

Certificado relativo a resoluciones en materia matrimonial y a resoluciones en materia de responsabilidad parental.

El órgano jurisdiccional o autoridad competente del Estado miembro de origen expedirá, a instancia de cualquier parte interesada, un certificado conforme al modelo de formulario que figura en el anexo I (resoluciones en materia matrimonial) o en el anexo II (resoluciones en materia de responsabilidad parental).

SECCIÓN 4

Fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor

Artículo 40

Ámbito de aplicación.

1. La presente sección se aplicará:

a) al derecho de visita,
y

b) a la restitución de un menor consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha restitución, con arreglo al apartado 8 del artículo 11.

2. Las disposiciones de la presente sección no impedirán que un titular de la responsabilidad parental procure el reconocimiento y la ejecución de una resolución judicial conforme a las disposiciones de las secciones 1 y 2 del presente capítulo.

Artículo 41

Derecho de visita.

1. El derecho de visita contemplado en la letra a) del apartado 1 del artículo 40, concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2.

   Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que reconocen un derecho de visita, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución.

2. El Juez de origen sólo expedirá el certificado contemplado en el apartado 1, utilizando para ello el modelo de formulario que figura en el anexo III (certificado referente al derecho de visita):

a) si, por lo que respecta a los procedimientos en rebeldía, el escrito de demanda o documento equivalente ha sido notificado o trasladado a la parte rebelde con la suficiente antelación y de tal manera que ésta pueda defenderse, o, de haberse notificado o trasladado el mencionado escrito o documento sin respetar estas condiciones, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución;

b) si se ha dado posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas,

   y

c) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

   El certificado se redactará en la lengua de la resolución.

3. Si el derecho de visita se refiere a una situación que tuviera carácter transfronterizo al dictarse la resolución, el certificado se expedirá de oficio cuando la resolución adquiera fuerza ejecutiva, incluso con carácter provisional. Si la situación sólo adquiere carácter transfronterizo con posterioridad, el certificado se expedirá a instancia de parte.

Artículo 42

Restitución del menor.

1. La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2.

   Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que ordenan la restitución del menor a tenor del apartado 8 del artículo 11, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución.

2. El Juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente:

a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez;

b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y

c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

   En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

   El Juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor).

   El certificado se redactará en la lengua de la resolución.

Artículo 43

Procedimiento de rectificación.

1. El Derecho del Estado miembro de origen será aplicable a cualquier rectificación del certificado.

2. Por lo demás, no se podrá interponer recurso contra la expedición de un certificado de conformidad con el apartado 1 del artículo 41 o el apartado 1 del artículo 42.

Artículo 44

Efectos del certificado.

El certificado sólo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia.

Artículo 45

Documentos.

1. La parte que invocare la ejecución de una resolución deberá presentar:

a) una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad,
y

b) el certificado mencionado en el apartado 1 del artículo 41 o en el apartado 1 del artículo 42.

2. A los efectos del presente artículo:
- el certificado mencionado en el apartado 1 del artículo 41 se acompañará de una traducción del punto 12 relativo a las modalidades de ejercicio del derecho de visita,
- el certificado mencionado en el apartado 1 del artículo 42 se acompañará de una traducción del punto 14 relativo a los pormenores de las medidas adoptadas para garantizar la restitución del menor.

La traducción estará realizada en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución o en cualquier otra lengua que dicho Estado miembro haya indicado expresamente que puede aceptar. La traducción estará certificada por una persona habilitada a tal fin en uno de los Estados miembros.

SECCIÓN 5

Documentos públicos y acuerdos

Artículo 46

Los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales.

SECCIÓN 6

Otras disposiciones

Artículo 47

Procedimiento de ejecución.

1. El procedimiento de ejecución se regirá por la ley del Estado miembro de ejecución.

2. Cualquier resolución dictada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y declarada ejecutiva de conformidad con la sección 2, o certificada con arreglo al apartado 1 del artículo 41 o al apartado 1 del artículo 42, deberá ejecutarse en el Estado miembro de ejecución en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en dicho Estado miembro.
En particular, no podrán ejecutarse las resoluciones certificadas de conformidad con el apartado 1 del artículo 41 o el apartado 1 del artículo 42 que sean incompatibles con una resolución ejecutiva dictada con posterioridad.

Artículo 48

Modalidades prácticas de ejercicio del derecho de visita.

1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución podrán adoptar las modalidades prácticas para organizar el ejercicio del derecho de visita si la resolución dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competentes para conocer del fondo del

asunto no hubiera establecido las modalidades necesarias, o lo hubiera hecho de manera suficiente, y siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de dicha resolución.

2. Las modalidades prácticas adoptadas de conformidad con el apartado 1 dejarán de ser aplicables una vez haya recaído una resolución posterior dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competentes para conocer del fondo.

Artículo 49

Costas.

Las disposiciones del presente capítulo, con la salvedad de las recogidas en la sección 4, se aplicarán asimismo a la fijación del importe de las costas de los procesos substanciados en virtud del presente Reglamento y a la ejecución de cualquier resolución relativa a dichas costas.

Artículo 50

Asistencia jurídica gratuita.

El solicitante que, en el Estado miembro de origen, hubiere obtenido total o parcialmente el beneficio de asistencia jurídica gratuita o de una exención de costas judiciales gozará también, en el procedimiento previsto en los artículos 21, 28, 41, 42 y 48, del beneficio más favorable o de la exención más amplia prevista por el Derecho del Estado miembro de ejecución.

Artículo 51

Caución o depósito.

No se podrá alegar ninguno de los motivos siguientes para exigirle caución o depósito alguno a la parte que instare en un Estado miembro la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro:

a) el hecho de que no tenga su residencia habitual en el Estado miembro en el que se solicitare la ejecución, o bien

b) su condición de nacional de otro país o, si la ejecución se solicitare en el Reino Unido o en Irlanda, el no tener su "*domicile*" en uno de estos Estados.

Artículo 52

Legalización y formalidades análogas

No se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna en lo que se refiere a los documentos mencionados en los artículos 37, 38 y 45, como tampoco para el poder para pleitos.

CAPÍTULO IV
COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES CENTRALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

Artículo 53

Designación.

Cada Estado miembro designará una o varias autoridades centrales encargadas de asistirlo en la aplicación del presente Reglamento y precisará sus competencias territoriales o materiales. En los Estados miembros que hayan designado varias autoridades centrales, las comunicaciones, en principio, se dirigirán directamente a la autoridad central competente. Si una comunicación ha sido dirigida a una autoridad central no competente, será ésta la encargada de transmitirla a la autoridad central competente y de informar de ello al remitente.

Artículo 54

Funciones generales.

Las autoridades centrales proporcionarán información sobre las legislaciones y los procedimientos nacionales y adoptarán medidas destinadas a mejorar la aplicación del presente Reglamento y reforzar su cooperación. Con este fin se hará uso de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión n° 2001/470/CE.

Artículo 55

Cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental.

A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de

cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, para:

a) recabar e intercambiar información:
i) sobre la situación del menor,
ii) sobre los procedimientos pendientes, o
iii) sobre las resoluciones adoptadas que conciernan al menor;
b) proporcionar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que soliciten el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en su territorio, en especial en materia de derechos de visita y de restitución del menor;
c) facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial para la aplicación de los apartados 6 y 7 del artículo 11 y del artículo 15;
d) proporcionar toda la información y la asistencia que puedan ser de utilidad para la aplicación por los órganos jurisdiccionales del artículo 56;
e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza.

Artículo 56

Acogimiento del menor en otro Estado miembro.

1. Cuando el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 8 a 15 considere el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia, y este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado miembro, consultará previamente a la autoridad central o a otra autoridad competente de este último Estado miembro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores.

2. La resolución sobre el acogimiento contemplado en el apartado 1 sólo podrá adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento.

3. Los procedimientos de consulta o de aprobación contemplados en los apartados 1 y 2 se regirán por el Derecho nacional del Estado miembro requerido.

4. Si el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 8 a 15 decide el acogimiento del menor en una familia y este acogimiento va a tener lugar en otro Estado miembro en el que no está prevista la intervención de una autoridad pública para los casos internos de acogimiento de menores, el órgano jurisdiccional informará de su decisión a la autoridad central u otra autoridad competente de ese Estado miembro.

Artículo 57

Método de trabajo.

1. Cualquier titular de la responsabilidad parental podrá enviar una solicitud de asistencia según lo indicado en el artículo 55 a la autoridad central del Estado miembro en el que resida habitualmente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual o esté presente. De manera general, se adjuntará a la solicitud toda la información de que se disponga y que pueda facilitar su ejecución. Si la solicitud de asistencia se refiere al reconocimiento o ejecución de una resolución sobre responsabilidad parental que entra dentro del ámbito de aplicación del presente Reglamento, el titular de la responsabilidad parental deberá acompañar la solicitud de los certificados pertinentes, indicados en el artículo 39, el apartado 1 del artículo 41 o el apartado 1 del artículo 42.

2. Los Estados miembros notificarán a la Comisión la lengua o lenguas oficiales de las instituciones de la Comunidad distintas de la suya o de las suyas que pueden aceptarse para las comunicaciones a las autoridades centrales.

3. La ayuda proporcionada por las autoridades centrales de conformidad con el artículo 55 será gratuita.

4. Cada autoridad central se hará cargo de sus propios gastos.

Artículo 58

Reuniones.

1. Las autoridades centrales se reunirán regularmente para facilitar la aplicación del presente Reglamento.

2. La convocatoria de esas reuniones se hará de conformidad con la Decisión n° 2001/470/CE por la que se crea la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

CAPÍTULO V
RELACIONES CON OTROS ACTOS

Artículo 59

Relaciones con otros actos.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 60, 63 y 64 y en el apartado 2 del presente artículo, el presente Reglamento sustituirá para los Estados miembros a los convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del mismo celebrados entre dos o más Estados miembros y relativos a materias que en él se regulan.

2. a) Finlandia y Suecia tendrán la facultad de declarar que el Acuerdo nórdico, de 6 de febrero de 1931, entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, junto con su Protocolo final, es de aplicación, total o parcialmente, en sus relaciones mutuas, en lugar de las normas del presente Reglamento. Estas declaraciones se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea como anexo al presente Reglamento. Dichos Estados miembros podrán retirar sus declaraciones, total o parcialmente, en cualquier momento.

b) Se respetará el principio de no discriminación por razón de nacionalidad entre ciudadanos de la Unión.

c) En todo acuerdo que se celebre entre los Estados miembros mencionados en la letra a) que se refiera a las materias reguladas por el presente Reglamento, las normas sobre competencia se ajustarán a las establecidas en el presente Reglamento.

d) Las resoluciones adoptadas en uno de los Estados nórdicos que haya presentado la declaración mencionada en la letra a), en virtud de un foro de competencia que corresponda a alguno de los considerados del capítulo II del presente Reglamento, serán reconocidas y ejecutadas en los demás Estados miembros de conformidad con las normas previstas en el capítulo III del presente Reglamento.

3. Los Estados miembros transmitirán a la Comisión:

a) una copia de los acuerdos y de las leyes uniformes de aplicación de los acuerdos a que se refieren las letras a) y c) del apartado 2;

b) cualquier denuncia o modificación de dichos acuerdos o de dichas leyes uniformes.

Artículo 60

Relación con determinados convenios multilaterales.

En las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes:

a) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores;

b) Convenio de Luxemburgo de 8 de septiembre de 1967 sobre el reconocimiento de resoluciones relativas a la validez de los matrimonios;

c) Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 relativo al reconocimiento de divorcios y separaciones legales;

d) Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, y

e) Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Artículo 61

Relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competen-

cia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

En las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 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, el presente Reglamento se aplicará:

a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro;

b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio.

Artículo 62

Alcance de los efectos.

1. Los acuerdos y convenios mencionados en el apartado 1 del artículo 59 y en los artículos 60 y 61 seguirán surtiendo efectos en las materias que no estén reguladas en el presente Reglamento.

2. Los convenios mencionados en el artículo 60, y en particular el Convenio de La Haya de 1980, seguirán surtiendo efectos entre los Estados miembros que sean partes contratantes de los mismos, respetando el artículo 60.

Artículo 63

Tratados con la Santa Sede.

1. El presente Reglamento será aplicable sin perjuicio del Tratado internacional (Concordato) celebrado entre la Santa Sede y Portugal, firmado en el Vaticano el 7 de mayo de 1940.

2. Cualquier resolución relativa a la nulidad de un matrimonio regulada por el Tratado indicado en el apartado 1 se reconocerá en los Estados miembros en las condiciones previstas en la sección 1 del capítulo III.

3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 serán también aplicables a los siguientes Tratados (Concordatos) con la Santa Sede:

a) "*Concordato lateranense*" de 11 de febrero de 1929 entre Italia y la Santa Sede, modificado por el Acuerdo, y su Protocolo adicional, firmado en Roma el 18 de febrero de 1984;

b) Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos.

4. El reconocimiento de las resoluciones a las que se refiere el apartado 2 podrá someterse en Italia o en España a los mismos procedimientos y comprobaciones aplicables a las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos con arreglo a los Tratados internacionales celebrados con la Santa Sede a los que se refiere el apartado 3.

5. Los Estados miembros transmitirán a la Comisión:

a) copia de los Tratados a los que se refieren los apartados 1 y 3;

b) toda denuncia o modificación de dichos Tratados.

CAPÍTULO VI
DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 64

1. Lo dispuesto en el presente Reglamento sólo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos entre partes celebrados con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor de conformidad con el artículo 72.

2. Las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de aplicación del presente Reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha pero después de la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1347/2000 serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III del presente Reglamento, si las nor-

mas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el capítulo II del presente Reglamento o del Reglamento (CE) n° 1347/2000 o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción.

3. Las resoluciones judiciales dictadas antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1347/2000 serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III del presente Reglamento, a condición de que se trate de resoluciones relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial o a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes dictadas con motivo de estos procedimientos matrimoniales.

4. Las resoluciones judiciales dictadas antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento, pero después de la fecha de la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1347/2000 como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1347/2000 serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III del presente Reglamento, a condición de que se trate de resoluciones relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial o a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes dictadas con motivo de estos procedimientos matrimoniales y de que las normas de competencia aplicadas se ajusten a las previstas en el capítulo II del presente Reglamento o del Reglamento (CE) n° 1347/2000 o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción.

CAPÍTULO VII
DISPOSICIONES FINALES

Artículo 65
Revisión.

A más tardar el 1 de enero de 2012, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe basado en la información proporcionada por los Estados miembros y relativo a la aplicación del presente Reglamento, acompañado, si ha lugar, de propuestas encaminadas a su adaptación.

Artículo 66
Estados miembros con dos o más ordenamientos jurídicos.

Por lo que se refiere a un Estado miembro en el que se apliquen en entidades territoriales diferentes dos o más ordenamientos jurídicos o conjuntos de normas relativos a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento:

a) toda referencia a la residencia habitual en ese Estado miembro se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial;

b) toda referencia a la nacionalidad, o en el caso del Reino Unido al "*domicile*", se entenderá como una referencia a la unidad territorial designada por la legislación de ese Estado;

c) toda referencia a la autoridad de un Estado miembro se entenderá como una referencia a la autoridad de la unidad territorial en cuestión de ese Estado;

d) toda referencia a las normas del Estado miembro requerido se entenderá como una referencia a las normas de la unidad territorial en la que se pretende la competencia, el reconocimiento o la ejecución.

Artículo 67
Información relativa a las autoridades centrales y lenguas.

Los Estados miembros comunicarán a la Comisión en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del presente Reglamento:

a) los nombres, direcciones y medios técnicos para las comunicaciones de las autoridades centrales designadas de conformidad con el artículo 53;

b) las lenguas aceptadas en las comunicaciones dirigidas a las autoridades centrales de conformidad con el apartado 2 del artículo 57,

y

c) las lenguas aceptadas para el certificado relativo al derecho de visita de conformidad con el apartado 2 del artículo 45.

Los Estados miembros comunicarán a la Comisión cualquier cambio de esta información. La Comisión hará pública esta información.

Artículo 68

Información relativa a los órganos jurisdiccionales y a las vías de recurso.

Los Estados miembros comunicarán a la Comisión las listas de los órganos jurisdiccionales y de las vías de recurso a que se hace referencia en los artículos 21, 29, 33 y 34, así como sus modificaciones.

La Comisión mantendrá actualizada esa información y la hará pública mediante su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y por cualquier otro medio adecuado.

Artículo 69

Modificaciones de los anexos.

Cualquier modificación de los modelos de formularios que figuran en los anexos I a IV será adoptada de conformidad con el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 70.

Artículo 70

Comité

1. La Comisión estará asistida por un comité (denominado en lo sucesivo el Comité).

2. En los casos en que se haga referencia al presente apartado, serán de aplicación los artículos 3 y 7 de la Decisión 1999/468/CE.

3. El Comité aprobará su reglamento interno.

Artículo 71

Derogación del Reglamento (CE) n° 1347/2000.

1. El Reglamento (CE) n° 1347/2000 quedará derogado a partir de la fecha de aplicación del presente Reglamento.

2. Cualquier referencia al Reglamento (CE) n° 1347/2000 será interpretada como referencia al presente Reglamento según el cuadro de correspondencias del anexo V.

Artículo 72

Entrada en vigor.

El presente Reglamento entrará en vigor el 1 de agosto de 2004.

El presente Reglamento será aplicable a partir del 1 de marzo de 2005, a excepción de los artículos 67, 68, 69 y 70, que se aplicarán a partir del 1 de agosto de 2004.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Hecho en Bruselas, el 27 de noviembre de 2003.

Por el Consejo

El Presidente

R. Castelli

(1) DO C 203 E de 27.8.2002, p. 155.

(2) Dictamen emitido el 20 de septiembre de 2002 (no publicado aún en el Diario Oficial).

(3) DO C 61 de 14.3.2003, p. 76.

(4) DO L 160 de 30.6.2000, p. 19.

(5) Cuando se adoptó el Reglamento (CE) n° 1347/2000, el Consejo había tomado nota ya del informe explicativo del Convenio preparado por la catedrática Alegría Borrás (DO C 221 de 16.7.1998, p. 27).

(6) DO C 234 de 15.8.2000, p. 7.

(7) DO L 12 de 16.1.2001, p. 1; Reglamento cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 1496/2002 de la Comisión (DO L 225 de 22.8.2002, p. 13).

(8) DO L 160 de 30.6.2000, p. 37.

(9) DO L 174 de 27.6.2001, p. 1.

(10) DO L 174 de 27.6.2001, p. 25.

(11) DO L 184 de 17.7.1999, p. 23.

ANEXO I

CERTIFICADO RELATIVO A LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 39(1)

1. Estado miembro de origen
2. Órgano jurisdiccional o autoridad que expide el certificado
2.1. Denominación
2.2. Dirección
2.3. Teléfono/fax/correo electrónico
3. Matrimonio
3.1. Esposa
3.1.1. Nombre(s) y apellido(s)
3.1.2. Dirección
3.1.3. País y lugar de nacimiento
3.1.4. Fecha de nacimiento
3.2. Esposo
3.2.1. Nombre(s) y apellido(s)
3.2.2. Dirección
3.2.3. País y lugar de nacimiento
3.2.4. Fecha de nacimiento
3.3. País, lugar (cuando consten estos datos) y fecha del matrimonio
3.3.1. País de celebración del matrimonio
3.3.2. Lugar de celebración del matrimonio (cuando consten estos datos)
3.3.3. Fecha de celebración del matrimonio
4. Órgano jurisdiccional que dictó la resolución
4.1. Denominación del órgano jurisdiccional
4.2. Sede del órgano jurisdiccional
5. Resolución
5.1. Fecha
5.2. Número de referencia
5.3. Tipo de resolución
5.3.1. Divorcio
5.3.2. Nulidad matrimonial
5.3.3. Separación judicial
5.4. ¿Se dictó en rebeldía la resolución?
5.4.1. No
5.4.2. Sí(2)
6. Nombre(s) y apellido(s) de las partes a las que se ha concedido el beneficio de asistencia jurídica gratuita
7. ¿Puede recurrirse la resolución con arreglo al Derecho del Estado miembro de origen?
7.1. No
7.2. Sí
8. Fecha en que la resolución surte efecto en el Estado miembro en que se dictó
8.1. Divorcio
8.2. Separación judicial

Hecho en ..., a ...

Firma y/o sello

(1) Reglamento (CE) n° 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

(2) Deben adjuntarse los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 37.

ANEXO II

CERTIFICADO RELATIVO A LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 39(1)

1. Estado miembro de origen
2. Órgano jurisdiccional o autoridad que expide el certificado
2.1. Denominación
2.2. Dirección
2.3. Teléfono/fax/correo electrónico
3. Titular(es) de un derecho de visita
3.1. Nombre(s) y apellido(s)
3.2. Dirección
3.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos)
4. Titular(es) de la responsabilidad parental distintos de los mencionados en el punto 3(2)
4.1. 4.1.1. Nombre(s) y apellido(s)
4.1.2. Dirección
4.1.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos)
4.2. 4.2.1. Nombre(s) y apellido(s)
4.2.2. Dirección
4.2.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos)
4.3. 4.3.1. Nombre(s) y apellido(s)
4.3.2. Dirección
4.3.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos)
5. Órgano jurisdiccional que dictó la resolución
5.1. Denominación del órgano jurisdiccional
5.2. Sede del órgano jurisdiccional
6. Resolución
6.1. Fecha
6.2. Número de referencia
6.3. ¿Se dictó la resolución en rebeldía?
6.3.1. No
6.3.2. Sí(3)
7. Hijos a los que afecta la resolución(4)
7.1. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento
7.2. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento
7.3. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento
7.4. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento
8. Nombre(s) y apellido(s) de las partes a las que se ha concedido el beneficio de asistencia jurídica gratuita
9. Certificación que acredite que la solicitud es ejecutiva y ha sido notificada o trasladada
9.1. ¿Es ejecutiva la resolución conforme al Derecho del Estado miembro de origen?
9.1.1. Sí
9.1.2. No
9.2. ¿Se ha notificado o trasladado la resolución a la parte contra la que se solicita la ejecución?
9.2.1. Sí
9.2.1.1. Nombre(s) y apellido(s) de la parte contra la que se solicita la ejecución
9.2.1.2. Dirección
9.2.1.3. Fecha de la notificación/traslado
9.2.2. No
10. Datos específicos para las resoluciones relativas al derecho de visita en caso de que se requiera el exequatur con arreglo al artículo 28. Esta posibilidad se encuentra contemplada en el apartado 2 del artículo 40:
10.1. Modalidades de ejercicio del derecho de visita (cuando en la resolución consten estas precisiones)
10.1.1. Fecha y hora
10.1.1.1. Comienzo

10.1.1.2. Fin
10.1.2. Lugar
10.1.3. Obligaciones particulares del titular de la responsabilidad parental
10.1.4. Obligaciones particulares del beneficiario del derecho de visita
10.1.5. Si ha lugar, restricciones aplicables al ejercicio del derecho de visita
11. Informaciones específicas para las resoluciones relativas a la restitución del menor en caso de que se requiera el exequatur con arreglo al artículo 28. Esta posibilidad se encuentra contemplada en el apartado 2 del artículo 40:
11.1. La resolución implica la restitución del menor
11.2. Persona a la que debe realizarse la restitución del menor (cuando en la resolución conste esta precisión)
11.2.1. Nombre(s) y apellido(s)
11.2.2. Dirección

Hecho en ..., a ...

Firma y/o sello

(1) Reglamento (CE) n° 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.
(2) En caso de custodia compartida, la persona mencionada en el punto 3 también puede mencionarse en el punto 4.
(3) Deben adjuntarse los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 37.
(4) Si son más de cuatro hijos, utilícese un segundo formulario.

ANEXO III

CERTIFICADO RELATIVO A LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHO DE VISITA A QUE SE REFIERE EL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 41(1)

1. Estado miembro de origen
2. Órgano jurisdiccional o autoridad que expide el certificado
2.1. Denominación
2.2. Dirección
2.3. Teléfono/fax/correo electrónico
3. Titular(es) de un derecho de visita
3.1. Nombre(s) y apellido(s)
3.2. Dirección
3.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos)
4. Titular(es) de la responsabilidad parental distintos de los mencionados en el punto 3(2)(3)
4.1. 4.1.1. Nombre(s) y apellido(s)
4.1.2. Dirección
4.1.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos)
4.2. 4.2.1. Nombre(s) y apellido(s)
4.2.2. Dirección
4.2.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos)
4.3. Otros
4.3.1. Nombre(s) y apellido(s)
4.3.2. Dirección
4.3.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos)
5. Órgano jurisdiccional que dictó la resolución
5.1. Denominación del órgano jurisdiccional
5.2. Sede del órgano jurisdiccional
6. Resolución
6.1. Fecha
6.2. Número de referencia
7. Hijos a los que afecta la resolución(4)
7.1. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento
7.2. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento
7.3. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento
7.4. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento
8. ¿Es recurrible la resolución conforme al Derecho del Estado miembro de origen?
8.1. Sí
8.2. No
9. En caso de procedimiento en rebeldía, el escrito de demanda o documento equivalente ha sido notificado o trasladado a la persona rebelde con la suficiente antelación y de tal manera que dicha persona ha podido defenderse, o bien, de haberse realizado la notificación o traslado sin respetar estas condiciones, consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución
10. Todas las partes afectadas han tenido oportunidad de ser oídas
11. Los menores han tenido oportunidad de ser oídos, a menos que se haya considerado que una audiencia no era oportuna teniendo en cuenta su edad o grado de madurez
12. Modalidades de ejercicio del derecho de visita (cuando en la resolución conste esta precisión)
12.1. Fecha y hora
12.1.1. Comienzo
12.1.2. Fin
12.2. Lugar
12.3. Obligaciones particulares del titular de la responsabilidad parental
12.4. Obligaciones particulares del beneficiario del derecho de visita
12.5. Si ha lugar, restricciones aplicables al ejercicio del derecho de visita
13. Nombre(s) y apellido(s) de las partes a las que se ha concedido el beneficio de asistencia jurídica gratuita

Hecho en ..., a ...

Firma y/o sello

(1) Reglamento (CE) n° 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

(2) En caso de custodia compartida, la persona mencionada en el punto 3 también puede mencionarse en el punto 4.

(3) Marcar la casilla correspondiente a la persona respecto de la cual debería ejecutarse la resolución.

(4) Si son más de cuatro hijos, utilícese un segundo formulario.

ANEXO IV

CERTIFICADO RELATIVO A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR A QUE SE REFIERE EL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 42(1)

1. Estado miembro de origen.
2. Órgano jurisdiccional o autoridad que expide el certificado.

2.1. Denominación.
2.2. Dirección.
2.3. Teléfono/fax/correo electrónico.

3. Persona a la que debe realizarse la restitución del menor (cuando en la resolución conste esta precisión).

3.1. Nombre(s) y apellido(s).
3.2. Dirección.
3.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos).

4. Titulares de la responsabilidad parental(2).

4.1. Madre.
4.1.1. Nombre(s) y apellido(s).
4.1.2. Dirección (cuando consten estos datos).
4.1.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos).
4.2. Padre.
4.2.1. Nombre(s) y apellido(s).
4.2.2. Dirección (cuando consten estos datos).
4.2.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos).
4.3. Otros.
4.3.1. Nombre(s) y apellido(s).
4.3.2. Dirección (cuando consten estos datos).
4.3.3. Fecha y lugar de nacimiento (cuando consten estos datos).

5. Demandado (cuando conste este dato).

5.1. Nombre(s) y apellido(s).
5.2. Dirección (cuando consten estos datos).

6. Órgano jurisdiccional que dictó la resolución.

6.1. Denominación del órgano jurisdiccional.
6.2. Sede del órgano jurisdiccional.

7. Resolución.

7.1. Fecha.
7.2. Número de referencia.

8. Hijos a los que afecta la resolución(3).

8.1. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento.
8.2. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento.
8.3. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento.
8.4. Nombre(s) y apellido(s) y fecha de nacimiento.

9. La resolución implica la restitución del menor.
10. ¿Puede recurrirse la resolución con arreglo al Derecho del Estado miembro de origen?.

10.1. Sí.
10.2. No.

11. Los menores han tenido la posibilidad de hacerse oír, a menos que se haya considerado que una audiencia no era oportuna habida cuenta de su edad o de su grado de madurez.
12. Las partes han tenido la posibilidad de hacerse oír.
13. La resolución dispone la restitución del menor y el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta al dictarla las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución adoptada en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
14. Si ha lugar, pormenores de las medidas adoptadas por el órgano jurisdiccional o por las autoridades para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado miembro de su residencia habitual.
15. Nombre(s) y apellido(s) de las partes a las que se ha concedido el beneficio de asistencia jurídica gratuita.

Hecho en ..., a ...

Firma y/o sello

(1) Reglamento (CE) n° 22012003 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

(2) Punto facultativo.

(3) Si son más de cuatro hijos, utilícese un segundo formulario.

a) Sobre el carácter restrictivo de la privación de la patria potestad:

AP Pontevedra, sec.1ª, S 15-2-2006, rec.22/2006. Pte: Rodríguez González, Mª Begoña

"SEGUNDO.- El primer motivo, y principal del recurso versa sobre la petición de privación de la patria potestad a D. Íñigo respecto de sus hijos menores de edad que solicita su esposa al amparo del art. 170 del C. Civil y que la juzgadora a quo no ha acordado, y además solicita la recurrente que no se establezca un régimen de visitas a favor del mismo.

De conformidad con reiterada doctrina y jurisprudencia, la patria potestad, definida como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de los deberes que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, debe considerarse como una institución establecida en beneficio e interés de los hijos (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1960, 24 de abril de 1963, 8 de abril de 1975 y 5 de octubre de 1987), por lo que, en consecuencia, la privación total o parcial que, en su caso, pudiera acordarse, ha de revestir un carácter de indudable contenido excepcional y por ello ha de hallarse basada en causas graves y muy justificadas y, en definitiva, ha de revelarse en la existencia de una conducta en las relaciones paterno-filiales gravemente perjudicial para los hijos, por cuanto la privación de la patria potestad no tiene, en modo alguno, el significado de censura o sanción a una conducta, sino únicamente el de protección de los hijos; de ahí, por tanto, que dicha medida, excepcional siempre, deba ser contemplada en todo momento en función del denominado "favor filii", que a tenor de todo lo expuesto constituye el fundamento y fin esencial de esta institución, y, en consecuencia, su privación ha de valorarse con criterios de índole restrictivo en aras a amparar y preservar el tan repetido beneficio e interés de los hijos. Es así que el art. 170 del Código Civil, para la privación de la patria potestad requiere el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, es decir es necesaria una causa, como señala el art. 92, y tal causa ha de revestir determinadas dimensiones."

AP La Rioja, sec. 1ª, S 19-5-2006, rec. 123/2006. Pte: Rodríguez Fernández, Luis Miguel

"...Así concebida, como un derecho-deber o como un "derecho-función" (SSTS de 30 de abril de 1991, 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), puede, en determinados casos, y por causa de esta moderna concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse 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 sus hijos, 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 a diferencia de la redacción originaria contemplada en dicho Texto sustantivo, no requiere sustentar la indignidad del progenitor, ni localizar a toda costa, una culpabilidad en el incumplimiento de los deberes, y que, según interpretación doctrinal y jurisprudencial, mas que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección del niño, que debe ser adoptada, por ende, en beneficio del mismo, en tanto que la conducta de aquél, que ha de calificarse como gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la mas adecuada para la futura formación y educación del mismo.
Por último, la reciente STS de 10 noviembre de 2005 considera restrictiva la interpretación del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, añadiendo que la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000)..."

AP Madrid, sec. 24ª, S 15-12-2005, rec. 21/2005. Pte: Hernández Hernández, Rosario.

TERCERO.- Dicho ello, en igual línea debe añadirse, en atención al pedimento concreto que a la Sala se deduce, que es obligado recordar inicialmente, que el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores 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 el ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular, como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos, sino en finalidades sociales -en este caso en interés familiar- que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico; siendo, por ello, corolario forzoso el carácter de irrenunciable que ostentan los derechos- como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular que impide a éste abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal, y previa resolución judicial, se haya producido su extinción, como apunta, entre otras la S.T.S. 11-10-1991, la cual añade que la importancia que el ordenamiento jurídico concede al ejercicio por parte de sus titulares naturales de este derecho a la patria potestad, -al que, por lo demás se refiere incluso el artículo 39-2 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, cuando dice que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda-, comporta el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones que alcanzan al mismo por aplicación de los preceptos legales, de modo que el ejercicio de las atribuciones potestativas, no preceptivas, que el artículo 170 del Código Civil otorga a los Tribunales para privar a los padres de la patria potestad o suspender el ejercicio de ésta en los casos en que dicho artículo se refiere, es una facultad que ha de ejercitarse discrecionalmente cuando concurran las circunstancias señaladas en dicho precepto..."

b) Sobre criterios de atribución de la custodia:

AP Palencia, sec. 1ª, S 17-1-2006, rec. 497/2005. Pte: Donis Carracedo, Miguel

SEGUNDO.- De un nuevo examen de las actuaciones, en relación con la prueba actuada a lo largo de ellas, hemos de llegar, entendemos, a solución IDÉNTICA a la sustentada por el Juzgador de Instancia en su impugnada Resolución.
En efecto, circunscribiéndose el actual debate respecto a la pretensión apelante en el sentido que la guarda y custodia de Mari José sea encomendada a su padre, hemos de manifestar que uno de los efectos reflejos y más transcendentes de la ruptura matrimonial consiste en la atribución de la custodia de los hijos a uno de los progenitores, pero sin que ello implique, como en el presente caso, que la no atribución al otro signifique desdoro alguno para él, esto es, su incapacidad o ausencia de posibilidad para realizar las labores propias de su obligación-función-derecho; así, a tal efecto, tanto el anterior art. 92 CC como el actualmente vigente establecen que las medidas Judiciales sobre "...el cuidado y educación de los hijos menores serán adoptadas en beneficio de ellos..." (anterior art. 92, párrafo 2º y actual 92,2 y 4 CC). Ello implica que el principio básico que imperaba e impera en la cuestión gira en torno al "favor minoris", como así viene recogido no sólo en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, extrapolada a nuestra legislación a través de la Ley del Menor, también en la CE (art. 39,2) y en otros preceptos del Código Civil (Vgr, de entre otros, arts. 93; 94; 103; 155; 158 ó 170).
TERCERO.- Complementando lo anteriormente referido, para actuar en "beneficio del menor" es preciso que sean oídos (art. 770, regla 4ª LEC y 92,2 CC) al objeto de tener en cuenta sus propios y libres sentimientos y deseos, que han de ser "relevantes" aunque no "vinculantes" para la ulterior decisión Judicial, como también se pone de manifiesto en la Conclusión del Informe Psicosocial de 31-8-2.005 obrante al folio 90 de las actuaciones, si efectivamente se busca el beneficio del menor, máxime como en el presente caso en que se trata de una preadolescente; pero sin que ello signifique, sin más, plegarse a sus deseos y sí, como en lo concreto, cuando ambos progenitores son igualmente tanto capaces como cabales, cualidades estas que sin duda han sido trasvasadas a Mari José (vide lo por ella manifestado en su exploración, obrante al Acta) y se encuentran ínsitas en el ámbito familiar, como así se expresa en aludido Informe y es captado por el Ilmo. Sr. Fiscal en su escrito de 28-11-2.005 (folio 122).

Por lo expuesto la decisión en su día adoptada, que al igual que la presente no tienen otro objeto que hacer lo menos traumáticos posibles los efectos derivados de la situación de ruptura matrimonial y en base a los datos fácticos obrantes en las actuaciones, se debe entender como ajustada a Derecho en tanto, actualmente, no se atisba perjuicio alguno para Mari José objetivamente previsible, y ello sin perjuicio de la conveniencia que la situación actual efectivamente se reconduzca, haciendo lo más breve posible la fáctica separación de la persona que por acuerdo de ambos progenitores, reflejado en la cláusula IV (folio 15) del Convenio (sin que conste de lo actuado, art. 217,3 y 6 LEC, "interferencia" alguna en aquella formación de voluntad), ostenta la guarda y custodia de la menor. Todo lo expuesto implica que la actual situación fáctica creada no perjudica el interés de Mari José si no es dilatada en el tiempo, motivando que, con DESESTIMACIÓN del recurso instado, proceda la íntegra confirmación de la Sentencia recurrida.

AP Barcelona, sec. 12ª, S 20-12-2005, rec. 856/2005. Pte: Rico Rajo, Paulino

TERCERO.- Postulando, seguidamente, el ahora apelante que se atribuya la guarda y custodia del menor Carlos al padre y que se atribuya la guarda y custodia del menor Pau a la madre, viene a coincidir igualmente, respecto a dicha pretensión, con lo resuelto por la Sentencia de Instancia, si bien solicita el ahora apelante, como ya lo hiciera en la demanda rectora del procedimiento del que la presente alzada trae causa, que se establezca un régimen de visitas de cada uno de los hijos para con el progenitor no custodio, en lo que discrepa con la referida Sentencia que acuerda no establecer régimen de visitas.
Y en orden a su resolución debe señalarse que, solicitando, a su vez, la Sra. Laura, que le sea atribuida a ella la guarda y custodia del menor Carlos, el presente caso es paradigmático de aquel al que se refiere la jurisprudencia cuando dice que "En estos supuestos a lo que ha de atenderse es al mayor beneficio del menor, al que, en los casos de crisis y separación de sus padres, se les coloca en una posición difícil de optar por uno u otro, por lo que, a falta de acuerdo común, la Ley traspasa al Juez la siempre difícil solución de decidir cual de los progenitores ha de asumir el cuidado y custodia (artículo 159). ¿el "favor filis", es el que tiene que presidir las relaciones con los padres y como dice la sentencia de 27 de marzo de 2001 , es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores." (S.T.S. de 9 de julio de 2003), y es que, atendido el informe del Equip d'Assessorament Tècnic Civil obrante en las actuaciones, en cuyo contenido se ratificaron sus autores D. Raúl y Dª Melisa en el acto de la vista, obliga, incluso, a que no pueda darse cumplimiento a la recomendación legal contenida en el artículo 92 del Código Civil de que, no obstante poder acordarse de que el cuidado de los hijos corresponda a uno u otro progenitor, se procure no separar a los hermanos (recomendación que se mantiene en la redacción dada a dicha artículo 92 por la Ley 15/2005, de 8 de julio), recomendación que, extrañamente, no figura en el Código de Familia de Cataluña el cual, sin embargo, contiene la previsión legal de que "la autoridad judicial, de oficio y en cualquier procedimiento, puede adoptar las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio a la persona de los hijos", entre las que cabe adoptar, lógicamente, la tendente a evitar la separación de los hermanos, pues, como manifestó el psicólogo D. Raúl en el acto de la vista, al explicar a lo que se daba prioridad cuando valoraron el caso, se tata de evitar que se de otro divorcio entre los hermanos, sin que, como queda dicho, pueda darse cumplimiento a la referida recomendación legal de procurar no separar a los hermanos y es que, atendido dicho informe y lo manifestado por sus autores en el acto de la vista, habiendo dicho D. Raúl que incluso, a la pregunta sobre si considera conveniente que Carlos tuviera relación con su madre, dijo que en estos momentos no, porque la actitud de Carlos es muy rígida, muy dura, muy contundente, muy hostil hacia la madre y la madre tiene en estos momentos dificultad para reconducir esta situación, que forzar la situación con Carlos puede provocar el efecto contrario a la adaptación de Pablo, que con tratamiento previo podría ser siempre y cuando no se forzara, que en estos momentos forzar la relación de Carlos con la madre incluso en un punto de encuentro puede ser duro, infiriéndose de lo manifestado por los profesionales que desaconsejan forzar, siquiera en el punto de encuentro, el contacto de Carlos con su madre, pues podría resultar perjudicial para el menor, que es, precisamente, el perjuicio del menor, lo que debe evitarse en atención al antedicho principio del "favor filis", o interés preferente de los menores como prevé el artículo 82.2 del Código de Familia , por encima, incluso, de los legítimos intereses de los progenitores, por lo que respecto al menor Carlos Javier, nacido en fecha 1 de octubre de 1990, pudiendo incluso resultar más perjudicial para el mismo, atendida su edad, forzarlo a mantener un régimen de comunica-

ción con la madre, sin perjuicio de que respecto al mismo deba imponerse como obligatoria la terapia que recomienda el Equip d'Assessorament Tècnic Civil a fin de que pueda conseguirse, mediante el tratamiento adecuado, el necesario acercamiento a la madre que evite el riesgo de problema psicológico en el futuro que los psicólogos pusieron de manifiesto respecto a un menor que carece de relación con uno u otro progenitor, procede mantener lo acordado en la Sentencia recurrida y, consecuentemente, respecto a la pretensión de que se establezca régimen de visitas con la madre, se impone la desestimación del recurso de apelación.

AP Madrid, sec. 22ª, S 19-12-2005, rec. 107/2005. Pte: Chamorro Valdés, José Angel

TERCERO.- Para el análisis de la cuestión de fondo suscitada conviene tener presente tal como afirma reiteradamente esta Sala, que si bien es cierto que las previsiones contenidas en el penúltimo párrafo del artículo 90 el Código Civil no son de estricta aplicación a las medidas a adoptar en una litis contenciosa de divorcio, en su correlación con las fijadas en el antecedente procedimiento consensual de separación matrimonial, pues el referido precepto constriñe, a tener de su propia redacción, su ámbito propio a los procedimientos en los que se insta específica y únicamente la modificación de todos o alguno de los pronunciamientos complementarios preestablecidos, no deja de ser igualmente cierto que, aun permitida en la ulterior litis de divorcio una valoración ex novo de las circunstancias fácticas concurrentes, en orden a la fijación de los efectos complementarios que el pronunciamiento principal ha de conllevar, sin estricta sujeción a lo antecedentemente estipulado, ello sin embargo no puede conllevar una absoluta libertad de apreciación judicial, haciendo tabla rasa de los antecedentes pactos, en cuento los mismos, en conjugación con el resultado de los instrumentos de prueba aportados en la nueva litis, constituyen un importante factor a tomar en consideración, habida cuenta que fueron los propios esposos, principales, y por ende privilegiados, conocedores de los condicionantes de su realidad familiar, los que, vinieron a regular, libremente y por mutuo acuerdo, las consecuencias de índole personal y pecuniaria de su ruptura convivencional, en posibilidad perfectamente admitida en derecho, de conformidad con los principios sancionados en el artículo 1255 del Código Civil.
La demandada Dª Francisca ha padecido una problemática de dependencia alcohólica, tal como se reconoce en el escrito de oposición del recurso de apelación (folio 432) y en el escrito de contestación (hecho séptimo) en el que se afirma que a consecuencia del fallecimiento inesperado de su padre, la mencionada en el mes de mayo de 2001 inicia un consumo de alcohol con el fin de intentar paliar el dolor que le había causado dicha pérdida, la antedicha es consciente de dicho problema como lo prueba los documentos acompañados a la contestación que obran a los folios 158 y 159 manifestando este último "que desde el 22 de octubre de 2002 acude con regularidad a las sesiones de psicoterapia de grupo que esta Entidad tiene establecidas para rehabilitación y reinserción social de estos enfermos y que demuestra en todo momento un gran deseo de recuperación y su conducta es intachable", ahora bien no hay base probatoria suficiente para considerar que la dependencia alcohólica ha quedado completamente superada.
La situación emocional del menor Marcos nacido el 23 de septiembre de 1994 no es la deseable así en el informe pericial psicosocial fechado el 9 de junio de 2004 se afirma que: "su rendimiento escolar es bajo y los profesores han detectado un progresivo empeoramiento de su atención y motivación al aprendizaje, así como un mal comportamiento con los compañeros, conductas agresivas, deterioro de su material escolar, etc., aunque indican que es inteligente, pero no se centra, no estudia y no hace los deberes", asimismo las dificultades del menor son reconocidas por la demandada en el interrogatorio que afirmó que en la reunión con la directora del colegio y tutora trataron problemas de madurez y de rebeldía del niño que le costaba concentrarse en clase (folio 243).
No obstante lo expuesto y aunque consideramos que el padre no está incapacitado para asumir la guarda y custodia no se accederá a la pretensión revocatoria en esta materia, ya que dicha modificación no repercutiría favorablemente en la estabilidad emocional del menor, tal como se recoge en el apartado consideraciones del informe pericial aludido que fue debidamente ratificado por su autora que precisó (folio 246) que lo que más incide en el bajo rendimiento del niño es la mala relación entre el padre y la madre y la tristeza que el hijo ve en la madre.
En definitiva el menor que tiene una mayor vinculación afectiva con la figura materna debe seguir bajo la guarda y custodia, de la madre, atendiendo al principio básico y fundamental que rige en esta materia que es el favor minoris que viene reconocido en la Convención de los Derechos del niño de la O.N.U., en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (artículo 92, 93, 94, 151, 158 y 170), y la superación de la problemática

del menor debe venir propiciada no por un cambio en la guarda custodia, sino por una mejora ostensible en la relación de los progenitores, así en el informe pericial tantas veces citado se afirma que "consideramos que en estos momentos no le conviene efectuar ningún cambio de convivencia con uno u otro progenitor, sino que es de absoluta necesidad el entendimiento entre ambos progenitores que deben hablarse, dialogar y afrontar de forma responsable el problema por el que está atravesando Marcos colaborando juntos con el terapeuta del menor".

AP Valencia, sec. 10ª, S 15-12-2005, rec. 930/2005. Pte: Motta García-España, José Enrique de

PRIMERO.- El desarrollo argumental del recurso y la correlativa oposición al mismo por parte de la demandada, hace poner de relieve la siempre complejidad que revisten las cuestiones como las suscitadas que exige partir de los presupuestos axiológicos en los supuestos de crisis matrimonial. Con este sentido ha de acudirse al párrafo 2 del art. 92 CC que establece que, las medidas judiciales como el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos. Dicho beneficio para los menores ha de entenderse, en relación a la determinación de la guarda y custodia, con el interés judicialmente protegible en que ésta era atribuida al progenitor con el que conviven habitualmente y cuya convivencia les permita un mejor desarrollo psico-afectivo, por un lado, y socio escolar, por otro. Instrumentándose el régimen de visitas, como un mecanismo complementario para dicho desarrollo integral, mediante el mantenimiento de las relaciones afectivas que unen a los hijos menores con el progenitor con el que no conviven en el domicilio familiar.
De lo expuesto, cabe afirmar que dicho interés constituye el límite y punto de referencia último de ambas instituciones y de su propia operatividad y eficacia y aun cuando es cierto que no cabe confundir los términos, esto es, el interés de los menores no siempre tiene que coincidir con lo que estos consideren que es mejor para ellos, también lo es que es al juzgador al que le corresponde, teniendo en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinar cual es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés.
En definitiva, a la hora de decidir a cual de los progenitores debe atribuirse aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando sus padres se separan, pues como ya dijo la s.TS. 9-3-89, es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad", pronunciándose en el mismo sentido las ss. TS. 5-10-78, 11-10-91 y 12-2- 92, que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina de que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante, "favor filie" (arts. 92, 103, 154, 159 CC) los acuerdos sobre su cuidado y educación y además cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas, "siempre en beneficio de los hijos", como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados.
Principio este, igualmente reconocido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia, como son: La Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir educación; la Resolución de 29- 5-87 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que subrayó que, "en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos..." y el Consejo de Europa en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños, de 1980, basa su contenido en que, "la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés de los niños".
Pues bien este interés de los niños que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico -derecho francés, son besoin de paix, de estabilité, de tranquilitè...c'est son equilibre psyquique qu'il faut mettre aupremier rang"- o al amplio concepto de bienestar apli-

cando el, "Wellfare principle" anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor.

SEGUNDO.- Ahora bien en el ámbito de los procesos familiares habrá de ser el Juez por imperativo legal, y en cuanto a los criterios a seguir, habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importante, más aún lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor.

TERCERO.- Se trata de un problema al que debe darse respuesta de conformidad con el criterio del beneficio e interés del menor, en el que ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 1 y 2 y 11-2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, normativa que impone según se ha dicho la adopción de decisiones pensadas en favor del sujeto infantil, atendiendo además al principio del beneficio del menor recogido en el art. 39 de la Constitución, así como en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas de fecha 20 de noviembre de 1959 y los artículos 92 del CC, en relación con los artículos 93, 94, 103, 154, 158, 159 y 170 entre otros, ponderando las aptitudes de uno y otro progenitor respecto de lo que contribuya a un perfecto desarrollo de lo que constituye el motivo de protección. Criterio este también acogido de manera reiterada por la Jurisprudencia del TS, que resalta esa protección del interés de los menores (Sentencias de 31-12 de 1982, de 2-5-1983, y de 12-2 de 1992). Para la determinación de la guarda y custodia de los hijos menores de una pareja que decide dar fin a su relación en común, en favor de uno u otro progenitor, deben ponderarse todas las circunstancias para conseguir el interés supremo del menor, que debe sin duda ser preferentemente tutelado, siempre partiendo de la extrema complejidad que supone adoptar una decisión que afecta a derechos de carácter personalísimo. En defecto de acuerdo de los padres, la decisión judicial como última solución, trata de remediar la situación provocada por la falta de este consenso, estableciendo aquellas medidas mínimas que exija la nueva situación derivada de la terminación de la vida en común de los progenitores siempre en beneficio del menor. Pues bien, el criterio judicial de primera instancia que otorga la guarda y custodia de la hija a favor de la madre debe respetarse por cuanto no se han desvirtuado en esta alzada las bases que llevaron a dicho pronunciamiento ni se ha puesto de manifiesto que sea más beneficioso para la menor estar en compañía de su padre. No se ha probado que el padre reúna unas condiciones y entorno más apto para ofrecer estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral de la menor. Realiza la juzgadora de instancia una valoración correcta y ajustada a los principios antes expuestos, a la hora de tomar su decisión sobre la guarda y custodia, decisión que no puede ser puesta en duda por el origen, no acreditado y bastante confuso, de la separación de los litigantes y de las condiciones y circunstancias en las que dicha separación se produjo, sin que estime esta Sala que se pueda hablar de un abandono de la menor por parte de su madre.

CUARTO.- Por todo lo expuesto procede la íntegra confirmación de la sentencia de instancia por sus propios fundamentos sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

AP Madrid, sec. 22ª, S 24-3-2006, rec. 662/2005. Pte: Hijas Fernández, Eduardo

CUARTO.- Sin perjuicio de la aptitud y condiciones, al menos en teoría, de uno y otro litigante para asumir, de modo responsable el cuidado cotidiano de la prole, conforme se expone en el informe emitido por la Perito Psicólogo adscrita a esta Audiencia, no puede dejar de ponderarse, y así se razona de modo irreprochable en el auto dictado en la pieza de medidas provisionales al que se remite la sentencia recurrida, que, según reconoce el Sr. Lucas y lo refrendan las testigos que deponen a instancias de la esposa, ha sido la misma quien, desde el nacimiento de los hijos, se ha ocupado de modo principal de sus atenciones, desde las básicas de alimentación e higiene, hasta la relativas al traslado y recogida del centro escolar, revisiones médicas o actividades extraescolares (vid igualmente los documentos obrantes a los folios 173 y siguientes), disponiendo además al efecto de un horario laboral más flexible que el de su esposo.

En el antedicho informe no se detecta la necesidad, o conveniencia, de un cambio de marco residencial respecto de lo acordado en la instancia, ya que los propios menores abogan por la continuidad en su actual situación, valorando positivamente la misma, al contar con organización y atención adecuadas a sus necesidades.
En definitiva, la problemática creada a dichos sujetos infantiles, además de por la ruptura de su anterior entorno familiar, dimana fundamentalmente de la conflictividad que siguen manteniendo sus progenitores, al demandar aquellos el cese de tal enfrentamiento, lo que les ayudará a asimilar los profundos cambios a que se han visto abocados, según se concluye en el citado informe.
Por lo cual consideramos que el beneficio de los menores, que ha de inspirar cualquier medida afectante a los mismos (artículo 2º de la Ley Orgánica 1/1996), no exige, en la actual coyuntura, un cambio de régimen de custodia, sino la creación, en torno a aquellos, de un clima de serenidad y cordialidad, al menos aparente, de sus progenitores, que les ayude a lograr un desarrollo armónico y equilibrado, en sus diversos aspectos.
Razones que, con desestimación del petitum revocatorio al efecto deducido, nos lleva a compartir el criterio decisorio al efecto plasmado en la sentencia recurrida.

AP Madrid, sec. 22ª, S 24-3-2006, rec. 1012/2005. Pte: Neira Vázquez, Carmen

SEGUNDO.- Se plantea en esta alzada la guarda y custodia del hijo menor de edad que habrá de ser resuelta conforme al art. 92 del C.C. y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que "En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación".
Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.
Así establecidos los criterios orientadores la Juzgadora de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de Juan Ignacio de 9 años de edad al haber nacido el 26 de agosto de 1996, otorgándosela a la madre, lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias del caso, explicando el ahora recurrente en el interrogatorio que trabaja en el restaurante desde las 7 de la mañana y sale a las 5 y media ó 6, relatando que el niño come en el colegio, que no sabe lo que paga porque lo ha llevado ella, que el siempre ha estado trabajando y ella se encargaba de la casa porque ella trabajaba 2 ó 3 horas y que hasta el momento la madre se ha encargado de llevar a los niños al colegio, hacerles la comida, y señalando que cree que la madre no ha dejado al niño solo en casa, y que "él solo se preocupaba de que no le faltase de nada, que antes ganaba igual que ahora", manifestando la madre que su esposo no contribuyó al cuidado del hogar y de los hijos, que los sábado y domingo el esposo trabaja, y que ella nunca ha dejado solo a su hijo, todo lo cual permite concluir en la confirmación de la sentencia recurrida, debiendo desestimar así el recurso que se plantea, en cuanto no consta que tal medida suponga riesgo o peligro alguna para la educación y desarrollo del hijo común. Se desestiman así también el resto de las medidas consecuencias de la anterior.

AP Madrid, sec. 22ª, S 27-3-2006, rec. 843/2005. Pte: Chamorro Valdés, José Angel

TERCERO.- Para el análisis de la cuestión suscitada en relación con la guarda y custodia hay que tener presente que toda ruptura de la pareja al implicar la cesación de la convivencia familiar lleva consigo la imposibilidad de permanencia de los hijos con ambos progenitores, debiendo

necesariamente encomendarse la custodia de los mismos a uno de ellos, sin que tal atribución lleve consigo la incapacidad o insuficiencia del otro progenitor para realizar labores educativas de los menores, sino simplemente la necesidad física de permanencia con uno de ellos. Y el principio básico y fundamental que rige en esta materia es "el favor minoris" que viene recogido en la Convención de los Derechos del Niño de la O.N.U., en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170). Por lo tanto deben apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés supremo del menor, que debe sin duda ser preferentemente tutelado tal como establece el apartado segundo del artículo 92 del Código Civil, y así habrá de ponderarse el ambiente mas propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, la atención que puedan prestarle en el orden material como afectivo cada uno de los progenitores, la madurez intelectual y volitiva del menor etc.
El hijo de los litigantes Mariano, nacido el 27 de noviembre de 2002, ha permanecido con la madre desde que se produjo la ruptura fáctica de la pareja sin que haya habido alguna consecuencia negativa para el mismo, por lo que proyectando la doctrina expuesta al caso enjuiciado y teniendo en cuenta que un cambio en la guarda y custodia del menor repercutiría negativamente en su estabilidad emocional, hay que concluir, aun considerando que no consta incapacidad del demandado par asumir la guarda y custodia, que la decisión de la juzgadora de instancia en esta materia es ajustada a Derecho.
Y ante las alegaciones de la parte apelante conviene señalar que lo fundamental para la determinación sobre la guarda y custodia no es el tiempo disponible de cada uno de los progenitores, sino el beneficio del menor.

AP Madrid, sec. 22ª, S 17-3-2006, rec. 55/2006. Pte: Galán Cáceres, Eladio

SEGUNDO: La cuestión relativa a la custodia de los menores debe resolverse conforme a lo establecido en el artículo 92 del Código Civil, los artículos 1 y 2 y 11-2 de la Ley 1/15 de enero de 1996, y todo ello en relación con la normativa internacional (Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, De 1959), pues , en todos los casos, el interés de los hijos debe ser la consideración primordial para resolver sobre la custodia de los mismos. Así las cosas, la problemática suscitada debe resolverse atendiendo a los elementos, de todo tipo, personales, familiares, materiales, etcétera, que concurren en la familia, buscando lo que es mejor para los menores, su desarrollo integral, su personalidad, su formación física y psíquica, y procurando facilitar a aquellos el adecuado clima de sosiego y de equilibrio, por lo que resulta determinante las pautas de conducta de sus progenitores y de su entorno; por lo demás, no es necesario entrar en descalificaciones personales para dar lugar a una decisión sobre la atribución de la custodia, máxime si, como ocurre en el caso de autos, no existen motivos para ello. Es lo cierto que la resolución impugnada en este apartado, sobre la custodia, debe confirmarse, por cuanto que hasta el momento presente no se ha demostrado la concurrencia de incidencia negativa alguna en la vida de la hija menor, y en el periodo en el que se encuentra ya bajo la custodia de la madre, y aun aceptando la colaboración del padre en algunas funciones propias de la vida familiar, es lo cierto que no existe prueba sobre la incapacidad de la madre para ejercer correctamente dicha función, o sobre la concurrencia de circunstancias no idóneas en la vida del progenitor femenino que puedan tener su proyección negativa en la vida de la hija, todo lo cual determina la confirmación de la sentencia en este punto; consecuentemente, debe mantenerse el pronunciamiento relativo al otorgamiento del derecho de uso de la vivienda, en los términos establecidos en el artículo 96 del Código Civil, manteniendo la obligación señalada, a cargo del padre, y en lo relativo al abono de la pensión de alimentos en favor de la hija, en el importe establecido en la resolución impugnada, y teniendo en cuenta los concretos términos en los que se ha planteado el recurso de apelación, que se remite el escrito de contestación y reconvención planteada en su momento.

AP Madrid, sec. 24ª, S 9-3-2006, rec. 1090/2005. Pte: Hernández Hernández, Rosario

SEGUNDO.- Como hemos visto, el motivo de recurso que estudiamos, afecta a la guarda y custodia de las dos hijas comunes de los litigantes, Ana y Marta, ambas menores de edad, nacidas a 3 de abril de 1999, y 16 de abril de 2001, respectivamente, por ello conviene previamente recordar el criterio consolidado en esta Audiencia Provincial desde noviembre de 1992 en esta materia, en virtud del cual: "en la siempre ardua y delicada decisión encomendada al Juez de asignar

la custodia del hijo a uno u otro cónyuge, en caso de crisis de su unión, y reclamando ambos dicha trascendental función, se hace sumamente difícil, desde la perspectiva del recurso de apelación, discrepar por la Sala del criterio seguido por el Juzgador "a quo" en la resolución de tal cuestión mientras no sean ofrecidas razones objetivas y plenamente acreditadas y fundadas que evidencien el error cometido en la resolución de instancia o hagan aconsejable, en beneficio del menor, cambiar el sentido de tal resolución adoptada tras haber gozado la Juzgadora de instancia del privilegiado principio de la inmediación y practicarse otra serie de pruebas entre las que es innegable el valor del informe pericial obrante en autos (S.S. 23 de abril de 2004, 7 de diciembre de 2002, 13 de junio de 2002 y, finalmente, sentencia de 6 de junio de 2002).

Procede en esta misma línea puntualizar que el interés del menor es el principio esencial que debe atenderse, básicamente en aplicación de los artículos 39.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879. Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

TERCERO.- Dicho cuanto antecede, la sentencia dictada en la instancia ha de ser confirmada con desestimación del recurso que contra la misma se formula, toda vez que es correcta y absolutamente conforme con el ordenamiento jurídico, así como prudente y respetuosa con el bonum filii, habida cuenta se decanta por la alternativa de guarda materna como la más beneficiosa a las hijas comunes del matrimonio que conformaron los litigantes, siguiendo el informe emitido a 31 de mayo de 2005, por los peritos integrantes del equipo técnico adscrito al Juzgado de origen, cuya profesionalidad, objetividad y asepsia está fuera de toda duda, y que se decantan por la opción materna como más beneficiosa a las niñas Ana y Marta, sin negar la capacidad del padre para ejercer las funciones de guarda igual que la madre, si bien valorando como más adecuada la alternativa materna en atención a la edad de las niñas, la optima disponibilidad horaria y la continuidad de las relaciones y cuidados cotidianos, dejando salvado el interrogante al que se alude en el punto 4.2, con el ejercicio, en su caso, por parte del padre, de las acciones que puedan corresponderle, civiles y penales, si la madre incurriera en abusos, así como, salvar con un amplio sistema de contactos, como es el establecido en la resolución recurrida, el obstáculo que pueda suponer la ausencia del padre para las dos menores en lo cotidiano.

En definitiva, e informado como lo más adecuado a la actual situación, que la madre ejerza las funciones de guarda, teniendo a las hijas menores en su compañía y a su cuidado, no cabe, al margen de confirmar la resolución recurrida, sino indicar lo beneficioso que sería para las hijas, una mayor flexibilidad por parte de sus padres, respeto a las imágenes parentales, sin implicarlas en el conflicto, como se sugiere en el informe psicosocial al que nos venimos refiriendo, y que obra a los folios 340 a 352 de autos, al que nos remitimos y damos en su contenido por reproducido en aras a la brevedad.

CUARTO.- Para concluir, a mayor abundamiento, no acredita, ni aduce siquiera el apelante que beneficio concreto van a experimentar las menores con el cambio de alternativa de guarda que propone, o que perjuicio o perturbación se pueda experimentar por las mismas de continuar con la madre, con la que de hecho han permanecido, impresionando la mayor de ellas a los peritos, en la correspondiente entrevista, de normalmente desarrollada, dócil y colaboradora, con unos intereses propios de una niña de su edad, sin advertir signos de maltrato, e independientemente de la fuerte tensión que exista entre los padres, y de la posibilidad, si variaran sustancialmente las circunstancias y así viniera informado, pueda en un futuro, a instancia del padre, variarse la opción de guarda.

AP Madrid, sec. 22ª, S 13-2-2006, rec. 886/2005. Pte: Galán Cáceres, Eladio

TERCERO: La cuestión relativa a la custodia de los menores debe resolverse conforme a lo establecido en el artículo 92 del Código Civil, así como de acuerdo con la Ley de Protección Jurídica, del Menor, de 15 de enero de 1996, y también conforme a la normativa internacional (Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, En 1959), pues se proclama que el niño debe crecer en un ambiente de afecto y seguridad y, en todos los casos, el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los casos de separación, nulidad y divorcio.

Por todo ello, la resolución judicial, para dar adecuada respuesta a la problemática suscitada, debe atender a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, y buscando el mejor clima de sosiego y equilibrio para su desarrollo, para lo que se debe tener en cuenta las pautas de conductas de su entorno y el de sus progenitores.
Por lo demás, tampoco es necesario entrar en criterios de descalificación de aquellos, en orden a la decisión sobre la custodia, cuando, como ocurre en el caso de autos, y según se advierte de la prueba practicada, ambos progenitores son aptos para el ejercicio de la custodia.
Sin embargo, en esta alzada no se encuentran motivos para revocar la sentencia apelada en este apartado, por considerar que se ha valorado correctamente la prueba practicada en los autos, y en especial la prueba pericial psicosocial, que fue debidamente ratificada en el acto de la vista, de manera que partiendo de la base de que no se encuentra patología alguna en la madre, según sostiene el recurrente como base para el cambio de la custodia, y por cuanto que, según se advierte de las conclusiones de dicho informe, esta última posee capacidad necesaria para atender las necesidades de la menor, teniendo en cuenta la edad de esta última, no resultando un obstáculo insalvable la cuestión relativa al trabajo y al horario laboral de aquella, se aconseja que la custodia se mantenga a favor de la madre, y ello en favor de los vínculos afectivos que una menor de tan corta edad necesita; ello se mantiene y se reitera en el acto de la ratificación del informe, por considerar que la figura materna resulta una óptima referencia; lo anterior es compatible con la presencia de la figura paterna en la vida de la menor a través del régimen de visitas establecido, y que sin duda servirá para mantener los lazos de afecto y familiares que deben existir entre la menor y el progenitor no custodio.

c) Sobre la atribución de la *"custodia compartida"* con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de Julio.

AP Barcelona, sec. 12ª, S 2-12-2003, rec. 261/2003. Pte: Jiménez de Parga Gaston, Juan Miguel

"SEGUNDO.- La primera cuestión que se suscita en la presente alzada procedimental, es la relativa a la aceptación o no de una guarda y custodia compartida de la hija menor del matrimonio, en favor de ambos progenitores, con ejercicio también conjunto de la patria potestad.
Es cierto, que por regla general, la atribución de una guarda y custodia compartida no es siempre favorable a los intereses de los menores, debiendo ponderarse la edad de los mismos; la inestabilidad que les supone el residir en distintos domicilios, según el período de tiempo que estén con el padre o la madre; las tensas relaciones de los progenitores, tras la ruptura o crisis matrimonial con la consecuencia del cese de la convivencia; la influencia que cualquiera de los progenitores pueda tener en relación a los hijos, usada con la finalidad de desprestigiar o desmerecer la figura del otro; las malas relaciones que en ocasiones se producen entre los hijos y los compañeros sentimentales o nuevos cónyuges, en el caso de divorcio, que dificulta la convivencia de los menores, sobre todo cuando la tercera persona tiende a sustituir la figura paterna o materna; el distinto grado de implicación del padre y la madre en la evolución educativa y afectiva de sus hijos, usando una mayor disciplina y corrección uno que otro, lo que permite cierto grado de permisividad de un progenitor que favorece los deseos de los hijos, a veces no justificados, etc.

TERCERO.- ...La pericial así practicada refleja que las relaciones de la niña con sus padre y las familias respectivas, son cordiales dentro del contexto de la crisis matrimonial, sin que se haya afectado el régimen de comunicación de la menor con el entorno paterno y materno.
De la intervención psicológica también se desprende que la organización y dinámica familiar actual difiere en parte de la reflejada en el Convenio regulador.
Existiendo, ante los diferentes horarios del trabajo de los padres, la esencial ayuda de los abuelos paternos, con los que convive el padre. Ambos progenitores se implican y asumen las responsabilidades parentales inherentes a la patria potestad compartida, estando los dos muy presentes en la vida cotidiana de la hija común.
La relación de coparentalidad, la posibilidad de acordar, consensuar y buscar alternativas a cada

situación, así como el estilo de las comunicaciones entre los progenitores, permite que la actual organización y dinámica respecto a la hija sea funcional y operativa, mostrando cada cónyuge una actitud respetuosa con el otro, entendiéndose necesaria para la niña la relación afectiva con el otro progenitor, para un eficaz desarrollo emocional y educativo. Es significativo que no existe conflictividad alguna entre los cónyuges, no obstante el cese de la vida en común por la separación, quedando la menor al margen de las dificultades afectivas que motivaron las crisis matrimonial.
El funcionamiento actual de los padres respecto a su hija, propio de una guarda y custodia compartida, está también favorecido por la proximidad geográfica de los domicilios de los padres. Los progenitores tienen los recursos personales suficientes y las aptitudes y habilidades necesarias para afrontar los intereses y las necesidades de Regina, tanto a nivel de cuidado y atención, como a nivel educativo, afectivo y emocional.

CUARTO.- Dadas las excepcionales circunstancias que en el caso enjuiciado se presentan, que ciertamente no son frecuentes en las crisis matrimoniales, procede aceptar por este Tribunal "ad quem" las estipulaciones del convenio regulador de la separación, referidas al régimen de guarda y custodia compartida, al régimen de comunicación de la menor con sus padres, y a la atención de las necesidades alimenticias de la menor, los cuales asumirán las mismas cuando ostenten temporalmente la guarda y custodia y en el transcurso del régimen de visitas, satisfaciendo por mitad los gastos de escolarización y de comedor, así como los gastos extraordinarios."

AP Baleares, sec. 5ª, S 17-9-2004, rec. 285/2004. Pte: Zaforteza Fortuny, Mariano

"SEGUNDO.- ...Ello sentado, en la tesitura de determinar el nuevo régimen que en esas materias procede establecer, ha de tenerse en consideración que Dª José Ángel trabaja como camarera de pisos en la temporada turística, concretamente de abril a octubre, siendo su horario desde las 7,30 hasta las 15,30 horas durante todos los días de la semana excepto los miércoles, en que descansa, y que, además, debe destinar un tiempo para trasladarse de su domicilio al puesto de trabajo y viceversa, lo que determina que durante esos meses cuando a la menor le corresponde estar con su madre, pase la niña gran parte de su tiempo con los abuelos maternos.
...Valorando todo lo actuado, concluye esta Sala que debe ser corroborada la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, porque tomó en consideración el dictamen de expertos en la materia, porque ese informe se elaboró precisamente previo acuerdo de las partes, porque el régimen señalado en la sentencia recurrida atiende al designio de lograr lo más beneficioso para la menor y persigue que el interés de ésta prevalezca sobre cualquier otro, y porque los argumentos vertidos por la parte apelante no merecen prosperar frente a las anteriores consideraciones. Así, la parte recurrente expresa su oposición a que se otorgue una guarda y custodia compartida, cuando esa decisión no fue tomada por el Juez de primera instancia, el cual, respetando también en este aspecto las pautas contenidas en el informe antedicho, no modificó la primera de las medidas contenidas en la sentencia de fecha 27 de febrero de 2003, en cuya virtud se atribuyó a Dª José Ángel la guarda y custodia de Pilar quedando compartida la patria potestad, pues en la sentencia apelada tan sólo se modificaron las medidas numeradas como dos y cuatro en la previa sentencia de separación. Por lo demás, en la sentencia apelada no se cuestiona que la madre atendía bien a su hija y que también los abuelos maternos prestaban un auxilio positivo al respecto, sino que la alteración acordada se fundamenta en los problemas habidos en la ejecución del anterior régimen y en que el intenso horario laboral de la madre durante la temporada veraniega comporta que entonces la niña no pueda estar apenas en compañía de su madre. En conclusión, considerándose que lo decidido por el Juez "a quo" resulta beneficioso para la menor, ha de rechazarse la solicitud formulada en sentido contrario por la parte actora apelante, máxime cuando el Servei d'Infància, Adolescència i Família del Consell Insular de Menorca efectuará, por haberlo así decidido el Juez de primera instancia, un seguimiento del régimen acordado respecto a Pilar

d) Sobre la atribución de la *"custodia compartida"* con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de Julio.

AP Madrid, sec. 22ª, S 4-4-2006, rec. 106/2006. Pte: Galán Cáceres, Eladio
SEGUNDO: ...También se afirma que "respecto a la relación entre los progenitores, se ha evidenciado su incapacidad actual para comunicarse sin conflictividad, no siendo capaces de olvidar

sus discrepancias y pensar únicamente en el beneficio de sus hijos. De cara al futuro se propone encarecidamente que mejoren esas comunicaciones, so pena de provocar perniciosos efectos para el desarrollo de sus hijos, incrementándose a medida que éstos vayan siendo más mayores y más conscientes de la mala relación entre los padres. Además, han de ponerse de acuerdo en pautas educativas respecto a los menores, proceso en el que tendrán que negociar, evitando las críticas y posturas constantemente dispares".
Tales conclusiones no han sido desvirtuadas por la parte recurrente, y son tan terminantes y concluyentes que hace inviable la pretensión planteada, pues es claro que la custodia compartida exige una permanente y absoluta colaboración y positiva comunicación entre los progenitores frente a la diversa problemática, cotidiana o no, que plantea la convivencia con los hijos, circunstancias que, desgraciadamente, no se dan en el supuesto examinado.
Cierto es que se valora la actitud y la conducta del padre para con los hijos, y ello ha determinado el reconocimiento en favor del progenitor masculino de un régimen de visitas muy amplio, que incluye fines de semanas hasta el lunes, así como dos tardes a la semana, además del período correspondiente a las vacaciones; de ello se deduce que, ciertamente, al padre le corresponde asumir las funciones propias de quien ostenta la custodia en los amplios períodos que tiene reconocida la comunicación con los hijos, por lo que podría hablarse, en los términos que se ha resuelto la custodia y las visitas, de la existencia de una custodia alternativa; todo lo cual determina la desestimación del recurso interpuesto en este apartado.

AP Madrid, sec. 24ª, S 8-3-2006, rec. 586/2005. Pte: Correas González, Francisco Javier

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al motivo subsidiario, procede decir que con la decisión del punto anterior está el tema perfectamente decidido y regulado, pues la decisión tomada correctamente por el órgano "a quo" acerca del cual de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, esto no es óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando al hijo, puedan adoptarse de común acuerdo sin que el progenitor que no convive con el hijo se vea privado del conocimiento de aquellas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que las de aquel que lo tenga en su compañía. Mas la guarda y custodia no tiene su contenido en la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer mas cotidiano y doméstico, que difícilmente podría compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro; por ello no procede una guarda y custodia compartida incompatible con la medida nuclear decretada de la separación; y no procede la alternativa cada seis meses pues de conformidad con la doctrina jurisprudencial existente desde diciembre de 1.985 hay que evitar que los hijos inicien a partir de la separación de sus padre, una constante peregrinación domiciliaria.

AP Madrid, sec. 24ª, S 18-1-2006, rec. 733/2005. Pte: Correas González, Francisco Javier

"PRIMERO.- ...Por otro lado no puede hablarse ni estimarse una guarda y custodia compartida que en puridad jurídica sería un contrasentido con la medida nuclear de la separación matrimonial decretada y en cuento a periodos alternativos significaría desequilibrar o desubicar a los hijos cada poco tiempo bien por el cambio de custodio y diferentes costumbres y métodos, bien por el continuo peregrinaje de los hijos al domicilio de cada progenitor; fórmulas desaconsejadas por la doctrina jurisprudencial existente desde diciembre de 1985."

AP Valencia, sec. 10ª, S 16-2-2006, rec. 1100/2005. Pte: Motta García-España, José Enrique de

SEGUNDO.-...Pues bien, el criterio judicial de primera instancia que otorga la guarda y custodia de la hija a favor de la madre debe respetarse por cuanto no se han desvirtuado en esta alzada las bases que llevaron a dicho pronunciamiento ni se ha puesto de manifiesto que sea más beneficioso para la menor estar en compañía de su padre. No se ha probado que el padre reúna unas condiciones y entorno más apto para ofrecer estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral de la menor. Realiza el juzgador de instancia una valoración correcta y ajustada a los principios

antes expuestos, a la hora de tomar su decisión sobre la guarda y custodia, decisión que no puede ser puesta en duda por el recurrente habida cuenta que los menores se encuentran bien cuidados por la misma, como así lo recoge el informe psicológico, y si bien es cierto que el padre también se haya capacitado para tal custodia, como igualmente recoge dicho informe, es lo cierto que el mismo se decanta por la custodia materna dados los vínculos de unión entre madre e hijos así como la edad de los mismos, e incluso el tiempo que llevan viviendo ya juntos, lo que aconseja mantener dicha guarda, sin que asimismo no sea aconsejable, por las circunstancias, la custodia compartida dado que a la vista de las encontradas posiciones entre las partes, incluso en el ámbito penal, no es precisamente lo más aconsejable, lo que conlleva mantener la misma situación respecto de la guarda que la acordada en la sentencia de instancia."

AP Castellón, sec. 2ª, S 15-11-2005,rec.130/2005. Pte: Antón Blanco, José Luis

"SEGUNDO.- ...En el momento actual, tras la reforma -irretroactiva- del CC en esta materia, por Ley 15/2005 de 8 de julio, el art. 92 prevé la custodia compartida bajo unos presupuestos que cuando no tienen como soporte la común voluntad de los progenitores (punto 5 del art. 92), se contempla como excepcional, siempre bajo el prisma del interés del menor (bonum filii), como no podía ser de otra forma, y con informe favorable del Fiscal (punto 8 del precepto), que no concurre en el presente caso a la vista de su posicionamiento contrario a la estimación del recurso.
Por lo tanto el primer pedimento ha de quedar descartado porque sin una base de acuerdo entre los padres del menor, sumidos en su crisis de convivencia interpersonal, no se concibe, por ahora al menos, un compartimiento pacífico y adecuado de tareas conjuntas respecto de su hijo."

AP Asturias, sec.4ª, S 9-11-2005, rec. 375/2005. Pte: Avello Zapatero, Ramón

"TERCERO.-...En el presente caso se trata de una hija menor que en las fechas de sustanciación del proceso en primera instancia tenía poco más de un año de edad y actualmente tiene dos años y tres meses. La corta edad de la menor, los trastornos gastrointestinales y de comportamiento que padece, posiblemente propiciados por la situación de encono existente entre los padres, la notoria conveniencia de que los niños de tan corta edad observen hábitos regulares de alimentación, sueño y régimen de vida, excluyendo en lo posible cambios en estos aspectos, así como el informe emitido por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado que se inclina por la supresión de la pernocta en tanto la niña no cumpla tres años, informe que aunque emitido con posterioridad a la Sentencia debe ser tenido en cuenta, dada la naturaleza de los intereses en juego y la imparcialidad y cualificación de quienes lo emiten, deben conducir a la conclusión de que no es procedente acordar en el presente caso un régimen de guarda y custodia compartida de la menor Lucía entre sus progenitores ni la pernocta de la niña con su padre durante los fines de semana que le correspondan; sin perjuicio obviamente de que a partir del momento en que dicha menor alcance los tres años de edad pueda reconsiderarse el tema y, previos los asesoramientos pertinentes, pueda entonces resolverse sobre ello de acuerdo con lo que se considere más conveniente para la menor."

BIBLIOGRAFÍA:

- Textos legales reseñados en cada uno de los países comunitarios.
- *Código Civil Alemán Comentado -BGB-*. Emilio Eiranova Encinas. Madrid. Marcial Pons. 1998.
- *Family law. Information on the rules.*
  Ministry of Justice, Sweden.
  Enero 2000.
- *New rules for the custody of children.*
  Ministry of Justice, Sweden.
  September 2006.
- *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes.*
  Frédérique GRANET.
  Octobre 2002.
- *"Recent devolpments in family law in Cyprus".*
  Eliana Nicolau.
  The international survey of family law.
  1996.
- *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II (Reglamento (CE). n° 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, por el que se deroga el *Reglamento (CE) n° 1347/2000)*. Servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. Junio 2005.
- *"Comentario alla riforma del divorzio".*
  Rosanna Barchi y otros.
- "*Italia: La nueva ley sobre l'affidamento condiviso*".
  Luigi Fadiga. 2006.
- H. CAMPUZANO TOMÉ *"La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales"*, Aranzadi Civil, nº 22, abril 2005.
- *"Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005"*. María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo. www.custodiaresponsable.org
- C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*. Lex Nova, 2005.

Páginas web de interés :

http://ec.europa.eu/justice_home
http://www.congreso.es
http://www.custodiaresponsable.org
http://www.mujeresjuristas.org

Themis

Asociación de Mujeres Juristas

Subvencionado por:

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

SECRETARÍA GENERAL DE POLÍTICAS DE IGUALDAD

INSTITUTO DE LA MUJER