

LA REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN EL ENTORNO EUROPEO*

REGULATION OF CHILD CUSTODY IN THE EUROPEAN CONTEXT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 698-727

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores", IIPP. Sofía De Salas Murillo/M^a Victoria Mayor del Hoyo.



Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Los distintos países europeos recogen figuras y reglas diversas para la determinación del modo en el que se va a organizar el cuidado de los hijos menores tras la ruptura de una pareja. Este trabajo presenta las normas previstas por los ordenamientos jurídicos de España, Italia, Francia, Inglaterra, Bélgica, Alemania y la República Checa; así como el régimen legal previsto en cada una de ellas para los supuestos de falta de acuerdo entre los progenitores.

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado; matrimonio; separación; divorcio; guarda y custodia; menores.

ABSTRACT: *Different European countries contain diverse figures and rules to determine how childcare will be organized after a marital breakdown. This work presents the rules laid down by the legal systems of Spain, Italy, France, England, Belgium, Germany and the Czech Republic; as well as the proposed rules by each one in cases of the absence of agreement between the parents.*

KEY WORDS: *Comparative Law; marriage; separation; divorce; custody; children.*

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO ESPAÑOL.- III. DERECHO ITALIANO.- IV. DERECHO FRANCÉS.- V. DERECHO INGLÉS.- VI. DERECHO BELGA.- VII. DERECHO ALEMÁN.- VIII. DERECHO CHECO.

I. INTRODUCCIÓN.

La ruptura de una pareja genera importantes consecuencias, no sólo en el ámbito patrimonial sino también en el personal, lo que hace necesaria la intervención del Derecho para reorganizar las relaciones entre los miembros de la familia, que obviamente serán distintas de las existentes durante la situación de convivencia.

Cuando la pareja cuenta con hijos menores, una de las cuestiones más importantes consiste en determinar qué progenitor va a asumir la atención y cuidado directo de los mismos, un aspecto que los distintos países europeos han ordenado de una forma muy diversa. No en vano, las figuras previstas en los distintos ordenamientos distan mucho las unas de las otras, al igual que ocurre con el régimen legal supletorio que recogen.

El objeto este trabajo es presentar las normas que regulan la atribución del cuidado de los hijos menores tras la ruptura de pareja en el Derecho comparado europeo, con especial referencia a la situación existente en los Derechos español e italiano. Así mismo, se va a analizar el régimen legal previsto en cada una de ellas para los supuestos en los que los progenitores no llegan a un acuerdo acerca del cuidado de sus hijos menores tras la ruptura de la pareja.

Cabe advertir que me voy a referir sólo a las legislaciones europeas que he considerado más relevantes —bien por su cercanía o bien por las peculiaridades que recogen—.

II. DERECHO ESPAÑOL.

De acuerdo al artículo 154 del Código Civil español, la patria potestad comprende tres grandes ámbitos: velar por los hijos —lo que incluye tenerlos

• Javier Martínez Calvo

Profesor de Derecho Civil en la Universidad San Jorge. Acreditado Profesor Ayudante Doctor. Dirección de correo electrónico: jjaviermartinezcalvo@gmail.com.

en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral—, representarlos y administrar sus bienes. La figura de la guarda y custodia se integra en el primero de los mencionados aspectos, es decir, en el derecho/deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía.

Cuando los progenitores viven juntos, la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados queda subsumida dentro del ejercicio cotidiano de la patria potestad y, por tanto, corresponderá conjuntamente a ambos progenitores. Pero cuando se rompe la convivencia de los padres o no ha habido convivencia, resulta difícil que los hijos convivan con ambos progenitores simultáneamente, siendo necesario confiar la compañía, atención y cuidado directo de los mismos a uno de ellos —o a ambos, pero de forma ordenada en el tiempo—. A ello responde la figura de la guarda y custodia.

En los supuestos de nulidad, separación o divorcio, ambos cónyuges mantendrán como regla general tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, con independencia de a cuál de ellos se otorgue la guarda y custodia del menor (ello salvo que excepcionalmente las partes hayan acordado o el juez haya decidido establecer el ejercicio individual en favor de uno de los progenitores —art. 92.4 CC—). Las únicas facultades que el progenitor no custodio tiene limitadas son: la relativa a tener a los menores en su compañía, que se reduce a los periodos de comunicación establecidos; y la adopción de determinadas decisiones de escasa importancia pertenecientes al día a día, que, por razones prácticas, corresponderá al progenitor que se encuentre con el menor en cada momento.

Aunque el Código Civil español se refiere en numerosas ocasiones a la guarda y custodia, no recoge un concepto de la misma. Ha sido la doctrina la que ha elaborado una definición de esta figura, entendiendo que implica la convivencia diaria con el menor¹ y el cuidado directo de éste² —incluyendo aspectos tales como la alimentación, la educación y formación, la vigilancia y control, etc.—, así

1 Vid. TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida como alternativa legal”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, núm. 700, p. 672; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2008, núm. 2, p. 4; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés: La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*, El Justicia de Aragón, 2010, p. 144; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, p. 586; y SERRANO GARCÍA, J.A.: “Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón”, en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coords. M.C. BAYOD LÓPEZ y J.A. SERRANO GARCÍA), Institución Fernando el Católico, 2013, p. 25.

2 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida”, cit., p. 144; LÓPEZ ROMERO, P.M.: “Interés superior del menor y custodia: Análisis jurisprudencial”, *Economist & Jurist*, 2011, vol. 19, núm. 151, p. 38; y SERRANO GARCÍA, J.A.: “Guarda y custodia de los hijos”, cit., p. 25.

como la adopción de decisiones cotidianas de menor importancia³. En cambio, las decisiones de mayor importancia deberán ser adoptadas conjuntamente por ambos progenitores, ya que el ejercicio de la patria potestad se mantiene compartido. Por tanto, son dos los aspectos que incluye la guarda y custodia: la convivencia con el menor y la adopción de las decisiones cotidianas o de menor importancia que exija su atención y cuidado. Decisiones que, no olvidemos, no corresponden en exclusiva al custodio, sino que serán adoptadas por el progenitor que esté en compañía del menor en cada momento.

Con carácter general, existen dos regímenes diferentes de guarda y custodia: exclusiva y compartida. Aunque hay autores que incluyen también la guarda y custodia partida o distributiva⁴, a mi modo de ver, resulta discutible que pueda considerarse una modalidad de guarda y custodia en sentido estricto. Téngase en cuenta que con esta denominación se suele hacer referencia a aquellos supuestos en los que, existiendo varios hijos comunes, el cuidado de unos es asignado preponderantemente a uno de los progenitores y el del resto al otro, de modo que los menores no conviven entre sí. Pues bien, en relación con cada hermano, aunque estén separados, la custodia será individual o compartida, por lo que parece que ello no constituye un modo de organizar la guarda y custodia —como ocurre la guarda y custodia exclusiva y con la compartida—, sino un criterio de organización.

En relación con la regulación de la guarda y custodia en el Código Civil, debe partirse de la existencia de una dualidad normativa, ya que encontramos previsiones al respecto tanto en sede de ruptura matrimonial como en sede de patria potestad.

En cuanto a las reglas previstas en sede de nulidad, separación y divorcio, se recogen en los artículo 90 —relativo al contenido mínimo del convenio regulador—, 91 —que recoge la obligación de que el juez se pronuncie sobre la guarda y custodia de los menores—, 92 —precepto fundamental en la materia que nos ocupa, pues es el que recoge las reglas para la atribución de la guarda y

3 Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007, p. 321; ALASCIO CARRASCO, L.: “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, núm. 2, p. 4; y SERRANO GARCÍA, J.A.: “Guarda y custodia de los hijos”, cit., p. 25.

4 Vid. a modo de ejemplo: CATALÁN FRIAS, M.J. (et. al.): “La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2007, vol. 17, p. 133; NAVAS NAVARRO, S.: “Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán)”, *Revista de derecho de familia*, 2012, núm. 54, p. 52; ESCUDERO BERZAL, B.: “Custodia compartida: atribución vivienda familiar”, *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 2013, núm. 6, p. 43; LIÑÁN GARCÍA, A.: “El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 2013, núm. 32, p. 19; y CLEMENTE DÍAZ, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Editorial Síntesis, Madrid, 2014, p. 76.

custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial de sus progenitores —, 94 —que regula el régimen de relación y comunicación entre los menores y el progenitor no custodio— y 103 —relativo a las medidas previas y provisionales—.

Como he anticipado, también habrá que tener en cuenta las reglas relativas a la patria potestad, en especial las previstas en los artículos 154 —que recoge, entre otras cuestiones, el contenido de la patria potestad—, 156 —relativo al ejercicio de la patria potestad—, 159 —que se refiere al cuidado de los hijos menores en los supuestos en los que sus padres no conviven juntos y al derecho del menor a ser oído— y 160 —que recoge el derecho de ambos progenitores a relacionarse con sus hijos menores, con clara referencia al principio de coparentalidad—.

Además, algunas Comunidades Autónomas han entrado a regular la cuestión de la guarda y custodia de los hijos menores en los supuestos de ruptura matrimonial de sus progenitores. En concreto, han promulgado sus propias normas en esta materia las Comunidades de Aragón (Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, integrada actualmente en el Código de Derecho Foral de Aragón —Decreto Legislativo 1/2011—), Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña), Navarra (Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, integrada actualmente en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra —a través de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo—), País Vasco (Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores) y Valencia (Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven). No obstante, la Ley valenciana ha sido anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre⁵.

Cuando los progenitores no hayan alcanzado un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores, éste será establecido por el juez conforme a lo establecido por la ley. A continuación, voy a referirme al régimen legal supletorio de atribución de la guarda y custodia, es decir, el que rige en defecto de acuerdo de las partes.

Al respecto, el Código Civil español recoge una clara preferencia por el régimen de custodia exclusiva. Aunque la ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio,

5 Vid. STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192). Sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley valenciana, vid. ampliamente: DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, 2017, núm. 31, pp. 111-162.

introdujo por primera vez en el Código Civil la figura de la custodia compartida, le atribuyó un carácter excepcional.

La opción de establecer la custodia compartida en defecto de acuerdo entre los progenitores está prevista en el punto octavo del artículo 92 del Código Civil, que comienza con la palabra “excepcionalmente”, lo cual es bastante descriptivo del carácter residual que el legislador parece haberle querido dar a esta posibilidad⁶. Pero, además, exige unos requisitos mucho más restrictivos para la custodia compartida que para la exclusiva. Así, se requiere (a) que exista petición de parte, (b) que concurra informe favorable del ministerio fiscal —aunque, como enseguida veremos, el inciso “favorable” ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre⁷— y (c) que la custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés del menor.

a) El primer requisito que exige el artículo 92.8 del Código Civil para poder establecer el régimen de guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores es que dicho régimen haya sido solicitado por al menos una de las partes. De acuerdo con ello, tal y como ha puesto de manifiesto la mayor parte de la jurisprudencia⁸ y doctrina⁹, no cabe la posibilidad de que el juez establezca la custodia compartida de oficio¹⁰. En cuanto a la forma que debe adoptar la petición

6 Vid. TENA PIAZUELO, I.: “La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida”, en AA.VV.: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, p. 62; y SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: “La custodia compartida como modelo preferente”, *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 4.

7 STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012 185).

8 Vid. STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185), STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909), STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269), SAP Zaragoza 24 octubre 2005 (JUR 2005, 241134), SAP Barcelona 4 julio 2007 (JUR 2007, 276723), SAP Lleida 12 julio 2007 (JUR 2007, 292467), SAP Alicante 11 junio 2009 (JUR 2009, 370489), SAP Málaga 30 junio 2011 (JUR 2012, 45855) y SAP Murcia 24 mayo 2012 (Ar. JUR 2012, 232812).

9 Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, A.M.: “Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)”, en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. A.M. SARAVIA GONZÁLEZ y J.J. GARCÍA CRIADO), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, núm. 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 226; LÓPEZ ORDINALES, J.J.: “Custodia compartida. Cuestiones procesales”, en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. A.M. SARAVIA GONZÁLEZ y J.J. GARCÍA CRIADO), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, núm. 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 280; TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de derecho de familia*, 2008, núm. 41, p. 66; TENA PIAZUELO, I.: “La ruptura de pareja con hijos”, cit., p. 63; ROMERO COLOMA, A.M.: “La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica”, *La Ley*, 2010, tomo 5, núm. 7504, p. 1555; DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 91; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 2016, 5ª ed., p. 183; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013”, *Economist & Jurist*, 2013, vol. 21, núm. 172, p. 53; y DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en España”, *VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia: Reformas legislativas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Departamento de Derecho (en colaboración con el IBIDE), Valencia, 2015, p. 5.

10 Vid. MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)”, *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pp. 4-5.

del régimen de custodia compartida, parece que bastará con que se solicite de manera alternativa o incluso subsidiaria —para el caso de que no se admita la pretensión principal—¹¹. Ahora bien, no resultará suficiente con que ambos progenitores hayan solicitado para sí la custodia exclusiva —así lo ha interpretado buena parte de la jurisprudencia¹² y doctrina¹³—.

b) Respecto al informe favorable del ministerio fiscal, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre¹⁴ declaró la inconstitucionalidad del inciso “favorable” previsto en el art. 92.8 CC, por lo que este ya no se configura como un requisito indispensable para acordar el régimen de custodia compartida. Para declarar su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se basó en que suponía una limitación de la potestad jurisdiccional —art. 117.3 CE—, y en que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24 CE—. Cabe advertir que lo anterior no quiere decir que el ministerio fiscal no intervenga en el proceso. De hecho, antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia de los hijos menores, el juez debe recabar en todo caso informe del ministerio fiscal —art. 92.6 CC—. Lo que ocurre es que la inexistencia de informe favorable ya no resulta admisible como fundamento para negar la admisión del régimen de custodia compartida.

c) Por último, el artículo 92.8 del Código Civil exige como requisito para la custodia compartida que quede acreditado que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Por tanto, no es suficiente con que el régimen de custodia compartida sea el que más beneficia al interés superior del menor, sino que resulta necesario que sea la única forma en que dicho interés quede protegido. Así ha sido interpretado por jurisprudencia¹⁵ y doctrina¹⁶. A mi modo de ver, se trata de un requisito demasiado estricto, ya que obstaculiza enormemente la aplicación del régimen de custodia compartida. Además, plantea serias dudas desde el punto de vista del interés superior del menor. Piénsese,

11 Vid. TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida”, cit., p. 704; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, p. 437; y MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda y custodia”, cit., p. 5.

12 Vid. STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909) —entre otras—.

13 Vid. TENA PIAZUELO, I.: “La ruptura de pareja con hijos”, cit., p. 63.

14 Vid. STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185).

15 Vid. SAP Barcelona 8 enero 2007 (JUR 2007, 192980), SAP Badajoz 15 enero 2007 (JUR 2007, 81749), SAP Valencia 15 enero 2007 (JUR 2007, 235242), SAP Albacete 19 enero 2007 (JUR 2007, 88847), SAP Madrid 24 enero 2007 (JUR 2007, 177562), SAP A Coruña 24 enero 2007 (JUR 2007, 81326), SAP Madrid 15 febrero 2007 (JUR 2007, 152960), SAP Castellón 7 marzo 2007 (JUR 2007, 273649), SAP Valencia 15 marzo 2007 (JUR 2007, 273061), SAP Sevilla 27 abril 2007 (JUR 2008, 26460), SAP Las Palmas 23 noviembre 2007 (JUR 2008, 65497), SAP Valencia 7 octubre 2009 (JUR 2010, 72280) y SAP de Murcia 28 enero 2010 (JUR 2010, 158645) —ente otras—.

16 Vid. RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del art. 92 del CC”, *Acciones e investigaciones sociales*, 2006, núm. extra I, p. 200; CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores*, cit., p. 364; DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos*, cit., p. 90; IVARS RUIZ, J.: “De por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al favor filii”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2010, núm. 796, p. 13; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, cit., p. 1325.

por ejemplo, en un supuesto en el que, pese a que el interés del menor quede protegido tanto por el régimen de custodia compartida como por el de custodia exclusiva, resulte mucho más conveniente el de custodia compartida. En este caso el juez se verá obligado a establecer el régimen de custodia exclusiva, es decir, deberá adoptar el régimen de guarda y custodia que menos beneficia al interés superior del menor, porque así se lo impone la ley.

Sin perjuicio de los restrictivos requisitos que prevé el Código Civil para adoptar el régimen de custodia compartida, lo cierto es que en los últimos años los tribunales están mostrándose cada vez más partidarios del establecimiento citado régimen. esultan especialmente reveladoras algunas de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, como la STS de 8 de octubre de 2009¹⁷, que inicia esta tendencia de superación de la excepcionalidad de la custodia compartida y, sobre todo, las STS de 7 de julio¹⁸ y de 22 de julio¹⁹ de 2011. En ellas, el Tribunal Supremo defiende que la expresión “excepcionalmente” con la que comienza el artículo 92.8 del Código Civil se refiere a la ausencia de acuerdo de los progenitores, no a que el régimen de custodia compartida sea en sí mismo excepcional, o lo que es lo mismo, que la regla general es el acuerdo de los progenitores y la excepción el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia. Incluso llega a considerar que la guarda y custodia compartida debe ser la medida más normal y deseable.

Con ello, el Tribunal Supremo ha llevado a cabo una interpretación extensiva de la ley, yendo más allá del tenor literal de la misma y actuando como motor de cambio para una posible modificación legislativa.

Este proceso de avance de la custodia compartida hubiera concluido de prosperar la reforma que pretendía impulsar el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia presentado por el Gobierno el 19 de julio de 2013. En dicho Anteproyecto, aun sin dotar al régimen de custodia compartida de un carácter decididamente preferente, se superaba su carácter excepcional, equiparándolo al régimen de custodia individual y dejando en manos del juez la decisión sobre qué modalidad de custodia es más conveniente en cada caso para el mejor interés del menor —art. 1.4 del Anteproyecto—. En cualquier caso, no llegó a ser aprobado, por lo que el sistema actual de preferencia por la custodia exclusiva permanece inmutable a la espera de una futura reforma.

En el ámbito de los derechos autonómicos encontramos dos Comunidades Autónomas que han establecido la guarda y custodia como régimen preferente en

¹⁷ Vid. STS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606).

¹⁸ Vid. STS 7 julio 2011 (RJ 2011, 5438).

¹⁹ Vid. STS 22 julio 2011 (RJ 2011, 5676).

defecto de acuerdo entre las partes: Aragón —arts. 79.5, 80.2 y 80.5 y Disposición transitoria 6ª del Código del Derecho Foral de Aragón— y País Vasco —art. 9 Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores—. Además, también lo hacía la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven —art. 5.2—, que, como ya he señalado, ha sido anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre²⁰.

Cabe señalar que la existencia de dicha preferencia no implica que el régimen de guarda y custodia compartida se aplique de forma automática²¹, ya que las normas autonómicas que la han previsto no impiden la posibilidad de que se atribuya la guarda y custodia de los hijos exclusivamente a uno de los progenitores si es lo que más conviene al interés del menor²². Por tanto, nos encontramos ante una presunción “iuris tantum”, que cesará cuando exista prueba en contrario²³. Dicha prueba consistirá en acreditar que el régimen de custodia exclusiva o unilateral protege mejor el interés superior del menor.

Por ello, podemos afirmar que la principal consecuencia que implica la preferencia por la custodia compartida es que, en aquellas ocasiones en las que el interés del menor quede igualmente salvaguardado con el régimen de custodia compartida y con el de custodia exclusiva, el juez deberá decantarse por el primero²⁴.

Además, hay otras dos Comunidades Autónomas que han equiparado los regímenes de custodia compartida y exclusiva, sin establecer preferencia legal por ninguno de ellos: Cataluña —arts. 233-8.1 y 233-10.2 del Código Civil de Cataluña — y Navarra —Ley 71.1 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra —. Ello conlleva que el juez goce de libertad para establecer uno u otro régimen de guarda y custodia en función de lo que considere más conveniente para el interés superior del menor.

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

21 Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales en la legislación valenciana”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coords. M. CUENA CASAS, L.A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, p. 1458; y CALLIZO LÓPEZ, M.Á.: “Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2012, núm. 30, p. 20.

22 Vid. art. 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón y art. 9.6 de la Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.4 de la Ley valenciana 5/2011 (recientemente anulada por el TC).

23 Vid. en este sentido HERRERA DE LAS HERAS, R.: “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida”, *Actualidad Civil*, 2011, núm. 10, p. 1145; y DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2012, núm. 731, p. 1629.

24 Vid. ALASCIO CARRASCO, L.: “La excepcionalidad de la custodia compartida”, cit., p. 11.

III. DERECHO ITALIANO.

Las dos figuras que utiliza el Derecho italiano para articular el modo en el que los progenitores van a atender a sus hijos tras la ruptura matrimonial son el “affidamento” y la “collocazione”²⁵:

El “affidamento” se recoge en los artículos 337 ter a 337 octies del Codice Civile y tiene como principal objeto regular el modo concreto en el que se va a ejercer la responsabilidad parental —“responsabilità genitoriale”— sobre los hijos una vez que tiene lugar la ruptura de pareja de sus progenitores²⁶. Aquí encontramos la primera diferencia con la guarda y custodia española, que, como hemos visto, con carácter general no afecta al ejercicio de la patria potestad, que sigue correspondiendo a ambos padres —art. 92.4 CC—.

Además, a diferencia de la guarda y custodia española, el “affidamento” no siempre comprende la determinación del progenitor que va a convivir con el menor —tal y como ha sido puesto de manifiesto de forma prácticamente unánime por jurisprudencia²⁷ y doctrina²⁸—. Sí la incluye en los supuestos en los que se atribuye a uno de los progenitores —“affidamento esclusivo”—, pero no en aquellos en los que se asigna conjuntamente a ambos —“affidamento condiviso”—, ya que en estos casos la determinación del progenitor que va a convivir junto al menor es objeto de una decisión ulterior. Prueba de ello es que el Codice Civile italiano, tras regular el “affidamento”, encarga al juez la tarea de determinar el tiempo y

25 Sobre el *affidamento* y la *collocazione* en el Derecho italiano, y sus diferencias con la guarda y custodia española, *vid. ampliamente*: MARTÍNEZ CALVO, J.: “El “affidamento” y la “collocazione” en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española”, *Revista de Derecho de Familia*, 2018, núm. 78, pp. 51-88.

26 *Vid. Trib. Bologna*, 24 aprile 2006; *Trib. Messina*, 18 luglio 2006; *Trib. Milano*, 6 ottobre 2006; *Trib. Viterbo*, 18 ottobre 2006; y *Trib. Firenze*, 13 dicembre 2006. *Vid. también*: LONGO, F.: “Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso”, *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 1, p. 8; FAVA, G.: “Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà”, *Giurisprudenza di merito*, 2008, fasc.12, p. 3; GRASSI, C.: “Potestà genitoriale e affidamento della prole”, *Giustizia Civile*, 2008, fasc.10, p. 5; DOGLIOTTI, M.: “Affidamento condiviso e individuale”, en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 51 y 115; y BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso. Gli aspetti di diritto sostanziale (art. 337 ter c.c.)”, en AA.VV.: *Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli* (G.F. BASINI, G. BONILINI y M. CONFORTINI), Utet Giuridica, 2014, p. 1160.

27 *Vid. Trib. Salerno*, 30 giugno 2006; *Trib. Messina*, 18 luglio 2006; *Trib. Milano*, 6 ottobre 2006; *Trib. Viterbo*, 18 ottobre 2006; *Trib. Firenze*, 13 dicembre 2006; *Trib. Pisa*, 20 dicembre 2006; *Cass.*, 8 febbraio 2012; *Cass.*, 17 maggio 2012; y *Cass.*, 15 maggio 2013.

28 *Vid. CASONE, C.*: “Affidamento alternato? una pia illusione. Duplica i problemi nella gestione dei figli”, *Diritto & Giustizia*, 2005, fasc.8, p. 3; *DE FILIPPIS, B.*: *Affidamento condiviso dei figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006, p. 91; *FEBBRAJO, T.*: *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”: L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008, p. 221; *DOGLIOTTI, M.*: “Affidamento condiviso”, *cit.*, p. 48 y 51; *CUBEDDU, M.G.*: “Accordi sull'affidamento dei figli, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti urgenti”, *Rivista del notariato*, 2010, fasc.1, p. 6; *IRTI, C.*: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene Editore Napoli, 2010, p. 39; *AULETTA, T.*: “L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina”, *Famiglia, persone e successioni*, 2012, fasc. 6, p. 4; *ASTIGGIANO, F.*: “Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi”, *Famiglia, persone e successioni*, 2012, fasc. 10, p. 2; y *BASINI, G.F.*, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, *cit.*, p. 1148.

modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores —art. 337 ter.2—.

Resulta conveniente realizar con una breve mención a la evolución que ha experimentado la legislación italiana relativa al “affidamento”. Para ello, me detendré en tres importantes hitos: la Ley n° 898, de 1 de diciembre de 1970 —y, más en concreto, la modificación introducida en la misma a través de la Ley n° 74, de 6 de marzo de 1987—, la Ley n° 54, de 8 de febrero de 2006 y el Decreto Legislativo n° 154, de 28 de diciembre de 2013.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley n° 54 de 2006, la regulación italiana del “affidamento” se recogía en dos normas diferentes: por un lado, estaba el Codice Civile, que en su artículo 155.1 preveía únicamente el “affidamento esclusivo”²⁹; y, por otro la Ley n° 898, de 1 de diciembre de 1970 —conocida como Ley del divorcio—, que, tras la reforma introducida por la Ley n° 74, de 6 de marzo de 1987, establecía en su art. 6.2 la posibilidad de establecer también el “affidamento congiunto” y el “alternato”³⁰. Se discutía si esta última norma era aplicable también a los supuestos de separación, una posibilidad respecto a la que tanto la jurisprudencia³¹ como la doctrina mayoritarias³² se pronunciaron en sentido favorable.

Por tanto, durante este periodo coexistieron en el Derecho italiano tres posibles regímenes de “affidamento” de los hijos menores para los supuestos de crisis de pareja: “exclusivo”, “congiunto” y “alternato”.

El “affidamento esclusivo” se caracterizaba —y se sigue caracterizando— porque la responsabilidad parental era ejercida, con carácter general, por uno solo de los progenitores —el “affidatario”—³³. En este sentido, tanto el Codice Civile —art. 155.3— como la Ley del divorcio de 1970 —art. 6.4— atribuían en exclusiva al progenitor “affidatario” el ejercicio de la responsabilidad parental³⁴.

29 “Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati”.

30 “Ove il Tribunale lo ritenga utile all’interesse dei minori, anche in relazione all’età degli stessi, può essere disposto l’affidamento congiunto o alternato”.

31 Vid. Cass., 13 luglio 1987; Cass., 2 luglio 1990; Cass., 4 maggio 1991; y Cass., 13 dicembre 1995.

32 Vid. VAGLIO, S.: “Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio”, *Famiglia e Diritto*, 1995, núm. 3, p. 2; MORELLO DI GIOVANNI, D.: “Affidamento congiunto nella separazione personale tra i coniugi”, *Famiglia e Diritto*, 1997, fasc. 5, p. 1; FIORAVANTI, C.D.: “Separazione personale: assegno per il coniuge e affidamento dei figli”, *Famiglia e Diritto*, 2002, fasc. 1, p. 4; FIGONE, A.: “L’affidamento al Comune del figlio minore in sede di separazione”, *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 4, p. 1; MERELLO, S.: “I rapporti personali tra genitori e figli”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2003, fasc. 3, p. 15; CASCONI, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 2; DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 11; ANSALDO, A.: “Il divorzio”, en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 177; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 187; y BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1152.

33 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 45.

34 “Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l’esercizio esclusivo della potestà su di essi”.

La ley no señalaba, sin embargo, en qué consistían el “affidamento congiunto” y el “alternato”, por lo que fue la doctrina la que configuró su contenido:

En cuanto al “affidamento congiunto”, se consideró que suponía el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, y, aunque tuvo una escasa aplicación práctica, es posible encontrar en la jurisprudencia algunos pronunciamientos que lo establecen³⁵.

Respecto al “affidamento alternato”, su nota más característica es que comportaba un reparto equitativo del tiempo de permanencia del menor con cada uno de los progenitores³⁶. En cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental, la doctrina no terminaba de ponerse de acuerdo acerca de si en estos supuestos la ejercía en exclusiva el progenitor que tenía al menor en cada momento o debía establecerse un ejercicio conjunto³⁷. Tampoco estaba claro si eran los hijos los que debían ir rotando entre las viviendas de sus progenitores o si, por el contrario, éstos permanecían en la misma vivienda y los que rotaban eran los progenitores. Lo cierto es que la jurisprudencia tampoco terminó de aclarar todas estas cuestiones, ya que el “affidamento alternato” apenas llegó a aplicarse³⁸.

El 16 de marzo de 2006 entró en vigor la Ley n° 54, de 8 de febrero de 2006 y la regulación del “affidamento” pasó a estar recogida en los artículos 155 al 155 sexies del Codice Civile. Cabe señalar que la mencionada norma supuso una profunda reforma de la materia que nos ocupa: se prescindió del “affidamento congiunto” y del “alternato”, previendo únicamente dos modelos de “affidamento”: el “condiviso” —art. 155.2 del Codice Civile— y el “esclusivo” —art. 155 bis del Codice Civile—.

El “affidamento esclusivo” se configura en los mismos términos que antes de la reforma y, en cuanto al “affidamento condiviso”, guarda gran similitud con el “affidamento congiunto” que preveía la Ley del divorcio de 1970, hasta el punto de que la doctrina duda de que exista en realidad alguna diferencia entre uno y otro³⁹.

35 Vid. Trib. Min. Perugia, 1 marzo 1994; y Trib. Brindisi, 11 gennaio 2001.

36 Vid. MERELLO, S.: “I rapporti personali”, cit., p. 14; DOGLIOTTI, M.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 49; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 50; y ASTIGGIANO, F.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 2.

37 Vid. CASCONI, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 5; DOGLIOTTI, M.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 49; y FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., pp. 61 y 86.

38 Uno de los pocos pronunciamientos en establecer el “affidamento alternato” fue la Sentencia del Tribunal de Roma de 12 de mayo de 1987, que dispuso que los hijos permanecieran en la misma vivienda y los padres fueran ocupando el que había sido el domicilio conyugal durante los periodos de convivencia con ellos.

39 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 141.

La reforma estuvo inspirada en el principio de “bigenitorialità”⁴⁰, que sustituyó al de “monogenitorialità”⁴¹ y que supone que ambos progenitores deben tener un contacto continuado con sus hijos menores y desempeñar un rol paritario en su educación, formación y cuidado⁴². A la vista de ello, el principio de “bigenitorialità” puede identificarse con nuestros principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental.

La normativa volvió a ser objeto de reforma a través del Decreto Legislativo nº 154, de 28 de diciembre de 2013 —con entrada en vigor el 7 de febrero de 2014—; aunque dicha reforma no supuso en realidad un gran cambio y, en líneas generales, se limitó a trasladar la regulación del “affidamento” a los artículos 337 ter a 337 octies del Codice Civile, dejando sin contenido los artículos 155 al 155 sexies.

La jurisprudencia y doctrina italianas vienen utilizando el término “collocazione”⁴³ —aunque en ocasiones se le han dado denominaciones diversas: “domiciliazione privilegiata”⁴⁴, “residenza principale”⁴⁵, etc.— para referirse a la cuestión de qué progenitor va a convivir con el menor tras la ruptura de la pareja.

Desde este punto de vista, la guarda y custodia española podría equipararse en cierto modo a la “collocazione”, en la medida en que permite determinar qué progenitor va a convivir en el día a día con el menor y, en principio, no afecta al ejercicio de la patria potestad, que salvo casos excepcionales se mantiene de forma conjunta en ambos progenitores —art. 92.4 CC—. No obstante, esto tampoco es del todo cierto, o al menos, supone una visión demasiado simplista de la guarda y custodia. Es inevitable que el cuidado directo del menor requiera la adopción de decisiones cotidianas de menor importancia que, por razones de inmediatez, deberán ser tomadas por el progenitor que en cada momento se encuentre en compañía del menor. Por ende, cuando se debate sobre la guarda y custodia,

40 Vid. Trib. Bari, 13 settembre 2006. Vid. también: GRASSI, C.: “Potestà genitoriale”, cit., pp. 1 y 3; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità*”, cit., p. 96; DOGLIOTTI, M.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 13; y BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1141.

41 Vid. ANSALDO, A.: “Il divorzio”, cit., p. 182.

42 Vid. DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 5; ANSALDO, A.: “Il divorzio”, cit., p. 182; IRTI, C.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 37; y ASTIGGIANO, F.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 2.

43 Vid. Trib. Bologna, 26 aprile 2006; Trib. Bari, 13 settembre 2006, Cass., 10 ottobre 2008; Cass., 8 febbraio 2012; Cass., 17 maggio 2012; y Cass., 15 maggio 2013. Vid. también: VAGLIO, S.: “Affidamento dei figli”, cit., p. 1; MORELLO DI GIOVANNI, D.: “Affidamento congiunto”, cit., p. 2; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 116; BATÀ, A. y SPIRITO, A.: “Separazione dei coniugi e affidamento dei figli”, *Famiglia e Diritto*, 2012, fasc. 1, p. 1; ARCERI, A.: “Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità”, *Famiglia e Diritto*, 2012, fasc. 7, p. 3; AULETTA, T.: “L’attuazione dei principi sull’affidamento dei figli”, cit., p. 9; BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1148; y DI LALLO, A.: “Minore collocato dalla madre perché maggiormente in grado di garantire il diritto alla bigenitorialità”, *Diritto & Giustizia*, 2016, fasc.10, p. 4.

44 Vid. Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Pisa, 9 maggio 2007; y Trib. Messina, 25 settembre 2007.

45 Vid. Trib. Civitavecchia, 2 ottobre 2007. Vid. también: SACCHETTI, L.: “Dell’affidamento congiunto imposto”, *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 3, p. 4.

se están planteando dos cuestiones: quién va a convivir con el menor y ejercer el cuidado directo sobre el mismo y quién irá adoptando las decisiones diarias de menor importancia que requieran dicho cuidado. Es por ello que podemos decir que, aunque la guarda y custodia española se identifica principalmente con la “collocazione” italiana, también mantiene algunos puntos de conexión con la figura del “affidamento”.

Como ya he anticipado, en los supuestos de “affidamento esclusivo”, la determinación del progenitor con el que va a convivir el menor no plantea mayores problemas, puesto que el “affidamento” incluirá también la “collocazione”, que, por tanto, corresponderá al progenitor “affidatario”.

El problema se plantea en aquellos supuestos en los que se acuerda el “affidamento condiviso”, pues será necesario determinar qué progenitor va a convivir con el menor, o lo que es lo mismo, el régimen de “collocazione”. A ello se refiere el artículo 337 ter.2 del Codice Civile, que señala que el juez debe determinar el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores⁴⁶. Por ende, en el caso del “affidamento condiviso”, se distinguirá entre el progenitor “affidatario” conviviente con el menor —“collocatario”— y el progenitor “affidatario” que no convive con él —“no collocatario”—⁴⁷.

Antes de la reforma de 2006, la doctrina italiana ya venía considerando que el “affidamento congiunto” presentaba dos modalidades⁴⁸: el “affidamento congiunto con residenza privilegiata”, referido a aquellos supuestos en los que el menor residía de forma permanente con uno de los progenitores; y el “affidamento congiunto con residenza alternata”, en el que el menor alternaba su permanencia con uno u otro progenitor en los periodos de tiempo convenidos⁴⁹.

Con la reforma impulsada por la Ley n° 54 de 2006, la única referencia a la “collocazione” pasó a recogerse en el art. 155.2 del Codice Civile: “il giudice(...) determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore”. Ya hemos visto que, tras la entrada en vigor del Decreto Legislativo n° 154 de 2013, el nuevo artículo 337 ter.2 del Codice Civile recoge el mismo contenido que el antiguo artículo 155.2.

El hecho de que continúe sin estar prevista en el Derecho italiano la posibilidad de que el juez establezca una “collocazione” similar con ambos progenitores, no quiere decir que se excluya⁵⁰. A esta modalidad de “collocazione” se le suele

46 “il giudice(...) determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore”.

47 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 222.

48 *Ibidem*, p. 55.

49 *Ibidem*, p. 56.

50 *Ibidem*, p. 226.

denominar “collocazione alternata”⁵¹, y, aunque su aplicación práctica ha sido escasa, es posible encontrar algún pronunciamiento que la adopta⁵².

En cuanto al régimen jurídico supletorio previsto en el ordenamiento italiano, en el caso del “affidamento”, en los supuestos en los que no existe acuerdo entre las partes, antes de la reforma del año 2006, la doctrina mayoritaria consideraba que de la ley italiana se desprendía una cierta preferencia por el “affidamento esclusivo”⁵³, ya que regulaba con minuciosidad esta modalidad de “affidamento” y sin embargo apenas decía nada del “congiunto” y del “alternato”. No obstante, también hay quien interpretaba que ninguna de las tres modalidades de “affidamento” tenía un carácter preferente sobre el resto⁵⁴. En cualquier caso, lo cierto es que en la práctica se establecía el “affidamento esclusivo” en más del 90% de los casos⁵⁵ —y en favor de la madre en el 85% de ellos⁵⁶—. El principal argumento era que el “affidamento esclusivo” favorecía la estabilidad del menor⁵⁷.

Con la reforma de 2006, no sólo se introdujo en el Derecho italiano el denominado “affidamento condiviso”, sino que además se le dotó de carácter preferente —arts. 155.2 y 155 bis del Codice Civile, tras la redacción que les dio la Ley nº 54 de 2006—. Así ha sido interpretado de forma prácticamente unánime por jurisprudencia⁵⁸ y doctrina⁵⁹.

Actualmente —tras la reforma introducida por el Decreto Legislativo nº 154 de 2013— la preferencia por el “affidamento condiviso” se desprende de los artículos 337 ter.2 y 337 quater.1 del Codice Civile. El primero de ellos, aun sin utilizar la expresión “affidamento condiviso”, prevé que el juez valorará “prioritariamente” la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a ambos progenitores⁶⁰. Pese

51 Vid. BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1151.

52 Vid. Trib. Chieti, 28 giugno 2006.

53 Vid. CASCONE, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 2; DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 61; y ANSALDO, A.: “Il divorzio”, cit., p. 177.

54 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., pp. 79, 83 y 138.

55 Vid. FIORAVANTI, C.D.: “Separazione personale”, cit., p. 4; CASCONE, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 3; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 81.

56 Vid. CASCONE, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 3. Vid. también: VENCHIARUTTI, A.: “Diritto di visita del genitore non affidatario e dei nonni”, *Famiglia e Diritto*, 1996, fasc. 3, pp. 1 y 2.

57 Vid. Cass., 16 luglio 1992; Cass., 17 febbraio 1995; y Cass., 22 giugno 1999 —entre otras—.

58 Vid. App. Roma, 9 maggio 2007; y Trib. Catania, 2 ottobre 2007.

59 Vid. DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 63; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 137; GRASSI, C.: “Potestà genitoriale”, cit., p. 1; FAVA, G.: “Quando l'affido condiviso non funziona”, cit., p. 1; IRTI, C.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 16; VECCHI, A.: “Conferma da piazza cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo è l'eccezione”, *Diritto e Giustizia*, 2010, fasc. 0, p. 1; ARCERI, A.: “Affidamento esclusivo”, cit., p. 2; ASTIGGIANO, F.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 2; y BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1142.

60 “Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori”.

a que no se nombre expresamente, la doctrina ha considerado se está refiriendo al “affidamento condiviso”⁶¹.

En cuanto al artículo 337 quater.1, limita la posibilidad de establecer el “affidamento esclusivo” a aquellos supuestos en los que el juez motive que el “affidamento” al otro progenitor resulta contrario al interés del menor⁶². De acuerdo a ello, se ha considerado que actualmente el “affidamento esclusivo” tiene un carácter residual, de tal manera que solo ante la presencia de comportamientos o situaciones evidentemente dañosas para los hijos puede excluirse el “affidamento condiviso”⁶³.

A diferencia de lo que hemos visto para el caso del “affidamento”, el Codice Civile italiano no prevé el régimen jurídico supletorio aplicable a la “collocazione”, limitándose a señalar en su artículo 337 ter.2 que el juez debe establecer el tiempo y la modalidad de permanencia del menor con cada progenitor⁶⁴. Aunque lo habitual es que la “collocazione” se atribuya a uno sólo de los progenitores, ya hemos visto que resulta posible establecer un régimen de “collocazione alternata”. En todo caso, el juez cuenta con discrecionalidad para establecer el régimen que considere más adecuado a cada caso concreto.

IV. DERECHO FRANCÉS.

En cuanto a la legislación francesa, las reglas sobre la guarda y custodia de los hijos menores están previstas en el artículo 373.2.9 del Code Civil, que fue modificado por la Ley 305/2002, de 4 de marzo, de reforma de la patria potestad⁶⁵. En dicha reforma se introdujo la figura de la guarda y custodia compartida, aunque se le dio la denominación de residencia alterna —“résidence alternée”—.

De acuerdo al mencionado precepto, en defecto de acuerdo entre las partes, no se otorga carácter preferente a ningún régimen de guarda custodia⁶⁶; o lo que

61 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 185.

62 “Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore”.

63 Vid. DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., pp. 91 y 116; FEBBRAJO, T.: *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 190; ANSALDO, A.: “Il divorzio”, cit., p. 183; IRTI, C.: *Affidamento condiviso*, cit., pp. 23 y 30; y VECCHI, A.: “Conferma”, cit., p. 1.

64 “determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore”.

65 Impulsada por la entonces Ministra de la Familia y la Infancia, Segolène Royal —vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: “La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor”, *I curso de experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad de Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga*, 2009. (Trabajo de investigación), p. 7—.

66 “la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux”.

es lo mismo, se equiparan los regímenes de custodia compartida —"résidence alternée"— y exclusiva⁶⁷.

Además, el artículo 373.2.9 del Code Civil permite al juez establecer la custodia compartida provisionalmente a modo de prueba⁶⁸. Tras dicho periodo, éste deberá pronunciarse definitivamente sobre la guarda y custodia del menor⁶⁹. Del tenor literal del mencionado precepto podría extraerse incluso que, en caso de que el juez decida optar por el régimen de custodia compartida, tiene que fijarla obligatoriamente a modo de prueba durante un determinado periodo de tiempo⁷⁰. No obstante, la jurisprudencia ha superado el tenor literal de la ley y ha precisado que el juez puede optar por establecer directamente la custodia compartida, sin que se exija por tanto dicho periodo de prueba⁷¹.

V. DERECHO INGLÉS.

En el Derecho inglés, la atribución de la guarda y custodia de los menores se recoge en la Children Act 1989. En su Part. II, Section 8 (l) regula, por medio de las denominadas "orders", diversos aspectos relativos al menor. Las "orders" pueden ser de tres tipos: "a child arrangements order", a través de la cual se determina la persona con la que va a convivir el menor y el modo en el que se va a relacionar con otras personas —que podrá ser el progenitor que no convive con el menor, sus familiares o cualquier persona ligada al menor por un vínculo afectivo⁷²—; "a prohibited steps order", que supone una prohibición de adoptar una determinada decisión por parte de sus progenitores sin contar con el consentimiento del tribunal; y "a specific issue order", cuyo objetivo es solucionar cualquier controversia concreta que pueda surgir en el ejercicio de la responsabilidad parental sobre un menor. A nosotros nos interesa la "child arrangements order".

Lo primero que llama la atención es que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, en el que es obligatorio determinar el régimen de guarda y

67 Vid. VARELA PORTELA, M.J.: "¿Custodia compartida o interés del/la menor?", *XXIV Congreso Estatal de Mujeres Abogadas: el retroceso de los derechos de las mujeres en el siglo XXI*, Salamanca, 2012, pp. 18 y 25.

68 "A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux".

69 "Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux".

70 Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2005, p. 31; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, cit., p. 400; y PICONTÓ NOVALES, T.: "Relaciones entre padres e hijos en el siglo XXI", en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coords. M.C. BAYOD LÓPEZ y J.A. SERRANO GARCÍA), Institución Fernando el Católico, 2013, p. 302.

71 Vid. Cour de cassation, 14 février 2006.

72 Vid. ZAMBRANO, V.: "Affidamento condiviso ed esperienze europee", en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 310.

custodia de los hijos menores —arts. 90.1 a) y 91 CC—, en el Derecho inglés no se requiere la intervención de los tribunales para la asignación de la guarda y custodia, a menos que los padres soliciten del tribunal una “child arrangements order”⁷³. Por tanto, la autoridad judicial sólo intervendrá cuando resulte absolutamente imposible que los progenitores organicen por sí mismos la vida familiar tras la ruptura y uno de ellos solicite dicha intervención⁷⁴.

Respecto a la posibilidad de adoptar la custodia compartida, el juez cuenta con plena libertad para acordar que el menor viva con una sola persona o varias personas de forma alternativa, sin que exista preferencia legal por ninguno de los regímenes de guarda existentes⁷⁵.

VI. DERECHO BELGA.

En el Derecho belga, las reglas de atribución de la guarda y custodia se recogen en el artículo 374 del Code Civil. Dicho precepto fue modificado por la Ley de 18 de junio de 2006, introduciendo la custodia compartida. Ahora bien, la norma belga no utiliza la expresión custodia compartida, sino que habla de “résidence égalitaire” —residencia igualitaria— para referirse a esta figura.

El Derecho belga otorga carácter preferente al régimen de custodia compartida —“résidence égalitaire”—⁷⁶. Así se infiere del segundo párrafo del artículo 374 del Code Civile, que prevé que, en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores, el juez debe optar preferentemente por el régimen de custodia compartida, salvo que resulte contrario al interés superior del menor⁷⁷. Además, ello queda reforzado por lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley de 18 de junio de 2006, por la que se modificó el Code Civil belga: «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»⁷⁸. Por ende, se produce una inversión de la carga de la prueba, que se traslada a aquel que se oponga al alojamiento igualitario⁷⁹.

73 Vid. ZUÑIGA, Á.: “La custodia compartida”, *Escritura pública*, 2012, núm. 78, p. 66.

74 Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: “La custodia compartida”, cit., p. 6.

75 Vid. VARELA PORTELA, M.J.: “¿Custodia compartida”, cit., p. 25; y MORERA VILLAR, B.: *Guarda y custodia compartida*, Universitat de Valencia, 2014. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/giqZG2 (fecha última consulta: 06/04/2018), p.120.

76 Vid. PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C. (coord.): *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, 2006, p. 31; TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida”, cit., p. 679; VARELA PORTELA, M.J.: “¿Custodia compartida”, cit., pp. 17 y 25; y ZUÑIGA, A.: “La custodia”, cit., p. 66.

77 “A défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents”.

78 Traducción tomada de: PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C.: (coord.): *Estudio de derecho comparado*, cit., p. 31.

79 Vid. PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C.: (coord.): *Estudio de derecho comparado*, cit., p. 30.

VII. DERECHO ALEMÁN.

En cuanto al Derecho alemán, se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos menores tras la ruptura matrimonial en los parágrafos 1626 y 1671 del Bürgerliches Gesetzbuch —en adelante BGB—, pero no recoge una regulación específica de la guarda y custodia. Lo que hace es atribuir a uno de los progenitores —o a ambos— el ejercicio de la patria potestad en su conjunto⁸⁰. El ordenamiento alemán se limita a prever las reglas para la atribución del ejercicio de la patria potestad —§§ 1626 y ss. BGB — y no recoge una regulación específica de la guarda y custodia.

El párrafo primero del § 1626 atribuye a ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad cuando los padres estén unidos en matrimonio⁸¹. Para el caso de que no sea así, el Bürgerliches Gesetzbuch prevé distintas reglas en función de si los progenitores han estado o no casados. En caso de que nunca lo hayan estado, el § 1626a(1) establece una serie de criterios específicos de atribución del ejercicio de la patria potestad⁸², en los que no me detendré por escapar a mi objeto de estudio. Por el contrario, pasaré directamente a los supuestos en los que los progenitores del menor, después de haber estado casados, han decidido poner fin a su matrimonio.

Las reglas de atribución del ejercicio de la patria potestad de los hijos en este último supuesto —es decir, cuando se produce la ruptura matrimonial de sus progenitores— están previstas en el § 1671 BGB, que establece un régimen bastante peculiar⁸³: en los supuestos de ruptura matrimonial, no habrá en principio

80 Vid. GODÓY MORENO, A.: “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en AA.VV.: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., pp. 320-321; DE TORRES PEREA, J.M.: Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, 2006, tomo LIX, fasc. II, pp. 687-688; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida*, cit., p. 278; y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: “La custodia compartida”, cit., p. 26.

81 “Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge)”. La traducción al inglés es la siguiente: “The parents have the duty and the right to care for the minor child (parental custody). The parental custody includes the care for the person of the child (care for the person of the child) and the property of the child (care for the property of the child)” —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

82 “Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, 1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen), 2. wenn sie einander heiraten oder, 3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt”. La traducción al inglés es la siguiente: “where the parents, at the date of the birth of the child, are not married to one another, they have joint parental custody 1. if they declare that they wish to take on parental custody jointly (declarations of parental custody), 2. if they marry one another, or 3. if the family court transfers joint parental custody to them” —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—. En caso de que no se dé ninguno de los anteriores supuestos, la patria potestad será ejercida en exclusiva por la madre —art. 1626³ (3): “Apart from this, the mother has parental custody”—.

83 “Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt(...)”. La traducción al inglés es la siguiente: “If parents live apart for a period that is not merely temporary, and if they have joint parental custody, each parent may apply for the family court to

pronunciamiento alguno acerca del ejercicio de la patria potestad, siendo la regla general el mantenimiento del ejercicio conjunto por parte de ambos progenitores. Sólo si alguno de ellos lo solicita, intervendrá la autoridad judicial atribuyendo a uno u otro el ejercicio de la patria potestad⁸⁴. Por tanto, la posibilidad de que se establezca el ejercicio exclusivo queda limitada a aquellos supuestos en los que alguno de los progenitores así lo solicite y el juez decida atender a sus pretensiones. Y es que, es posible que en defecto del mencionado acuerdo, uno de los progenitores acuda al juez solicitando que le atribuya el ejercicio exclusivo de la patria potestad pero éste no atienda a sus pretensiones, en cuyo caso estaría admitiendo tácitamente el mantenimiento del régimen compartido, aun sin acuerdo de los progenitores⁸⁵.

El carácter excepcional que ocupa actualmente el ejercicio exclusivo de la patria potestad en el ordenamiento jurídico alemán queda patente además si atendemos al § 1671 BGB, que sólo admite su adopción en dos supuestos⁸⁶: cuando el otro progenitor lo consienta y el menor no se oponga —si cuenta con más de catorce años—, o bien cuando el juez considere que el establecimiento de dicho régimen es más conveniente para el menor que el mantenimiento del régimen compartido. Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán —Bundesverfassungsgericht— ha considerado que el ejercicio conjunto resulta contrario al interés del menor cuando no existe una buena relación entre las partes⁸⁷.

Obviamente, sin perjuicio de que se mantenga el ejercicio conjunto de la patria potestad, el hecho de que los progenitores no convivan exige que el progenitor con el que se encuentre el menor en cada momento ejerza en exclusiva algunas de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, en concreto las relativas a la adopción de decisiones cotidianas de escasa relevancia —§ 1687.1 BGB⁸⁸—.

transfer parental custody or part of parental custody to him alone” —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

84 Vid. ZAMBRANO, V.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 294; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, cit., p. 1484.

85 DE TORRES PEREA, J.M.: “Tratamiento del interés del menor”, cit., p. 693; y ZAMBRANO, V.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 295.

86 “(...) Dem Antrag ist stattzugeben, soweit: 1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, das Kind hat das 14. Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung, oder, 2. zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht”. La traducción al inglés es la siguiente: “The application is to be granted to the extent that 1. the other parent consents, unless the child has reached the age of fourteen and objects to the transfer, or 2. it is to be expected that the termination of the joint parental custody and the transfer to the applicant is most conducive to the best interests of the child”— tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

87 Vid. BverfG de 18 de diciembre de 2003.

88 “Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so ist bei Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, ihr gegenseitiges Einvernehmen erforderlich. Der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung gewöhnlich aufhält, hat die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens. Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens sind in der Regel solche, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuwägenden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben(...)”. La traducción al inglés es la siguiente: “If parents

Finalmente, cabe referirse a la determinación del progenitor que va a convivir con el menor y asumir el cuidado diario de éste, es decir, lo que nosotros conocemos como guarda y custodia. Obviamente, cuando el ejercicio de la patria potestad se atribuye en exclusiva a uno de los progenitores, comprenderá también la convivencia y cuidado diario del menor, por lo que estos casos no plantean mayores problemas. Respecto a los supuestos en los que se mantiene el ejercicio conjunto de la patria potestad, si los progenitores no llegan a un acuerdo acerca de con quién va a residir el menor, cualquiera de ellos podrá acudir al juez para que éste decida⁸⁹. Por tanto, el tratamiento que se da a esta cuestión es el mismo que se daría a cualquier otro desacuerdo que surja entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. El hecho de que el Derecho alemán no recoja expresamente la posibilidad de que el juez establezca una convivencia alternada con ambos progenitores —lo que conocemos como guarda y custodia compartida—, ha llevado a muchos autores a interpretar que es un régimen que sólo cabe en los supuestos de mutuo acuerdo⁹⁰.

VIII. DERECHO CHECO.

Por último, creo que resulta interesante hacer una breve referencia a la República Checa, pues fue el primer Estado europeo en introducir el régimen de guarda y custodia compartida. Recoge la cuestión de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en el Zákón o Rodině —Código de Familia—, aprobado mediante la Ley 94/1963 y que ha experimentado diversas modificaciones. La más importante fue la que tuvo lugar con ocasión de la entrada en vigor de la Ley nº 91/1998, que introdujo el régimen de guarda y custodia compartida en el artículo 26 del Zákón o Rodině. Como he adelantado, la citada norma es considerada,

who have joint parental custody live apart not merely temporarily, then in the case of decisions in matters the arrangement of which is of substantial significance for the child their mutual agreement is necessary. The parent with whom the child, with the consent of the other parent or on the basis of a court decision, customarily resides has the authority to decide alone in matters of everyday life. Decisions in matters of everyday life are as a rule such as frequently occur and that have no effects that are difficult to alter on the development of the child” —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

89 Vid. ZAMBRANO, V.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 296.

90 Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, p. 7 y *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 28; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: “La custodia compartida”, cit., p. 6; DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Custodia compartida de los progenitores”, cit., p. 1625; VARELA PORTELA, M.J.: “¿Custodia compartida”, cit., p. 25; y PÉREZ CONESA, C.: “Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, núm. 8, p. 80. En este sentido ha interpretado el Derecho alemán nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 8 de Octubre de 2009 (RJ 2009, 4606), de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2329) y de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2340): “(...)Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega) (...)”.

dentro del ámbito europeo, la legislación más antigua sobre la guarda y custodia compartida⁹¹.

El Zákon o Rodině —Código de familia— de la República Checa recoge en su artículo 26 las reglas para la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial de sus progenitores. Resulta de especial interés lo dispuesto en su párrafo segundo, que admite la posibilidad de que el juez establezca un régimen de custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores⁹².

Cabe mencionar que hay quien del tenor literal del mencionado precepto interpreta que el Derecho checo dota a la custodia compartida de carácter preferente⁹³. No obstante, parece que lo que en realidad hace es facultar al juez para que pueda adoptar el referido régimen de guarda⁹⁴, sin establecer preferencia por el mismo. De acuerdo a ello, el juez tendría libertad para decantarse por uno u otro régimen de guarda y custodia en función de las circunstancias del caso.

91 Vid. MORERA VILLAR, B.: *Guarda y custodia*, cit., p.110.

92 “Jsou-li oba rodiče způsobilí dítě vychovávat a mají-li o výchovu zájem, může soud svěřit dítě do společné, popřípadě střídané výchovy obou rodičů, je-li to v zájmu dítěte a budou-li tak lépe zajišťovat jeho potřeby”. La traducción del mencionado precepto es la siguiente: “Si ambos padres son capaces y están interesados en cuidar al niño, la corte puede ponerlo bajo la custodia común o alterna de ambos padres si es compatible con el interés del niño y conduce a una mayor seguridad de sus necesidades” — traducción tomada de: PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado*, cit., p. 51—.

93 Vid. PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C. (coord.): *Estudio de derecho comparado*, cit., p. 51.

94 Vid. en este sentido: VARELA PORTELA, M.J.: “¿Custodia compartida”, cit., p. 25.

BIBLIOGRAFÍA.

ALASCIO CARRASCO, L.: "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, núm. 2.

ANSALDO, A.: "Il divorzio", en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, pp. 173-188.

ARCERI, A.: "Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità", *Famiglia e Diritto*, 2012, fasc. 7, pp. 1-7.

ASTIGGIANO, F.: "Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi", *Famiglia, persone e successioni*, 2012, fasc. 10, pp. 1-8.

AULETTA, T.: "L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina", *Famiglia, persone e successioni*, 2012, fasc. 6, pp. 1-16.

BASINI, G.F.: "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso. Gli aspetti di diritto sostanziale (art. 337 ter c.c.)", en AA.VV.: *Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli* (G.F. BASINI, G. BONILINI y M. CONFORTINI), Utet Giuridica, 2014, pp. 1137-1173.

BATÀ, A. y SPIRITO, A.: "Separazione dei coniugi e affidamento dei figli", *Famiglia e Diritto*, 2012, fasc. 1, pp. 1-2.

CALLIZO LÓPEZ, M.A.: "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2012, núm 30, pp. 19-33.

CASCONE, C.: "Affidamento alternato? una pia illusione. Duplica i problemi nella gestione dei figli", *Diritto & Giustizia*, 2005, fasc.8, pp. 1-6.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007.

CATALÁN FRÍAS, M.J. (et. al.): "La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho", *Anuario de Psicología Jurídica*, 2007, vol. 17, pp. 131-151.

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

CUBEDDU, M.G.: "Accordi sull'affidamento dei figli, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti urgenti", *Rivista del notariato*, 2010, fasc.I, pp. 1-10.

DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso del figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: "Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2012, núm. 731, pp. 1613-1645.

DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

DE TORRES PEREA, J.M.: "Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán", *Anuario de Derecho Civil*, 2006, tomo LIX, fasc. II, pp. 675-742.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en España", *VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia: Reformas legislativas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Departamento de Derecho (en colaboración con el IBIDE), Valencia, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, 2017, núm. 31, pp. 111-162.

DI LALLO, A.: "Minore collocato dalla madre perché maggiormente in grado di garantire il diritto alla bigenitorialità", *Diritto & Giustizia*, 2016, fasc.10, p. 4.

DOGLIOTTI, M.: "Affidamento condiviso e individuale", en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, pp. 47-68.

ESCUADERO BERZAL, B.: "Custodia compartida: atribución vivienda familiar", *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 2013, núm. 6, pp. 37-56.

FAVA, G.: "Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà", *Giurisprudenza di merito*, 2008, fasc.12, pp. 1-6.

FEBBRAJO, T.: *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità": L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008.

FERRANDO, G.: "L'assegnazione della casa familiare", en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, pp. 99-150.

FIGONE, A.: "L'affidamento al Comune del figlio minore in sede di separazione", *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 4, pp. 1-3.

FIORAVANTI, C.D.: "Separazione personale: assegno per il coniuge e affidamento dei figli", *Famiglia e Diritto*, 2002, fasc. 1, pp. 1-10.

GODOY MORENO, A.: "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", en AA.VV.: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., pp. 315-342.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: "La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor", *Curso de experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad de Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga*, 2009. (Trabajo de investigación).

GRASSI, C.: "Potestà genitoriale e affidamento della prole", *Giustizia Civile*, 2008, fasc.10, pp. 1-28.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2008, núm. 2.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

HERRERA DE LAS HERAS, R.: "Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida", *Actualidad Civil*, 2011, núm. 10, pp. 1131-1146.

IRTI, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene Editore Napoli, 2010.

IVARS RUIZ, J.: "De por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al favor filii", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2010, núm. 796, pp. 11-13.

LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LIÑÁN GARCÍA, Á.: "El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 2013, núm. 32, pp. 1-38.

LONGO, F.: "Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso", *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 1, pp. 1-11.

LÓPEZ ORDINALES, J.J.: "Custodia compartida. Cuestiones procesales", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dirs. A.M. SARAVIA GONZÁLEZ y J.J. GARCÍA CRIADO), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, núm 147, pp. 249-311.

LÓPEZ ROMERO, P.M.: "Interés superior del menor y custodia: Análisis jurisprudencial", *Economist & Jurist*, 2011, vol. 19, núm 151, pp. 36-43.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pp. 1-25.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "El "affidamento" y la "collocazione" en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española", *Revista de Derecho de Familia*, 2018, núm. 78, pp. 51-88.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés: La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 133-176.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 2016, 5ª ed., pp. 187-222.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales en la legislación valenciana", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coords. M. CUENA CASAS, L.A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1439-1466.

MERELLO, S.: "I rapporti personali tra genitori e figli", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2003, fasc. 3, pp. 1-17.

MORELLO DI GIOVANNI, D.: "Affidamento congiunto nella separazione personale tra i coniugi", *Famiglia e Diritto*, 1997, fasc. 5, pp. 1-2.

MORERA VILLAR, B.: *Guarda y custodia compartida*, Universitat de Valencia, 2014. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/giqZG2 (fecha última consulta: 06/11/2018).

NAVAS NAVARRO, S.: "Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán)", *Revista de derecho de familia*, 2012, núm. 54, pp. 23-55.

PÉREZ CONESA, C.: "Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, núm. 8, pp. 61-102.

PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C. (coord.): *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, 2006.

PICONTÓ NOVALES, T.: "Relaciones entre padres e hijos en el siglo XXI", en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coords. M.C. BAYOD LÓPEZ y J.A. SERRANO GARCÍA), Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 299-321.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: "La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del art. 92 del CC", *Acciones e investigaciones sociales*, 2006, núm. extra I, pp. 186-202.

ROMERO COLOMA, A.M.: "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", *La Ley*, 2010, tomo 5, núm. 7504, pp. 1553-1560.

SACCHETTI, L.: "Dell'affidamento congiunto imposto", *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 3, pp. 1-6.

SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: "La custodia compartida como modelo preferente", *Estudios Jurídicos*, 2010, pp. 1-30.

SARAVIA GONZÁLEZ, A.M.: "Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dirs. A.M. SARAVIA GONZÁLEZ y J.J. GARCÍA CRIADO), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, núm. 147, pp. 193-248.

SERRANO GARCÍA, J.A.: "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coords. M.C. BAYOD LÓPEZ y J.A. SERRANO GARCÍA), Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 13-86.

TAMAYO HAYA, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, núm. 700, pp. 667-712.

TAMAYO HAYA, S.: "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de derecho de familia*, 2008, núm. 41, pp. 35-79.

TENA PIAZUELO, I.: "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en AA.VV.: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 45-65.

VAGLIO, S.: "Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio", *Famiglia e Diritto*, 1995, núm. 3, pp. 1-7.

VARELA PORTELA, M.J.: "¿Custodia compartida o interés del/la menor?", *XXIV Congreso Estatal de Mujeres Abogadas: el retroceso de los derechos de las mujeres en el siglo XXI*, Salamanca, 2012.

VECCHI, A.: "Conferma da piazza cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo è l'eccezione", *Diritto e Giustizia*, 2010, fasc. 0, pp. 1-3.

VENCHIARUTTI, A.: "Diritto di visita del genitore non affidatario e dei nonni", *Famiglia e Diritto*, 1996, fasc. 3, pp. 1-5.

ZAMBRANO, V.: "Affidamento condiviso ed esperienze europee", en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 261-334.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2005, pp. 1-41.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala Iª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013", *Economist & Jurist*, 2013, vol. 21, núm. 172, pp. 46-53.

ZÚÑIGA, A.: "La custodia compartida", *Escritura pública*, 2012, núm. 78, pp. 64-66.

