

# *Rottura della famiglia e interesse dei figli* en el Derecho Civil italiano

por

JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ  
*Doctora en Derecho*  
*Profesora Adjunta de Derecho Civil*  
*Universidad Católica San Antonio de Murcia*

## SUMARIO

1. LA SEPARACIÓN, LA NULIDAD Y EL DIVORCIO CON RESPECTO A LOS INTERESES DE LOS HIJOS:
  - 1.1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE 2006.
  - 1.2. DERECHO DEL HIJO A LA «BIGENITORIALITÀ».
2. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD:
  - 2.1. DERECHO A RELACIONARSE CON AMBOS PADRES Y SUS PARIENTES RESPECTIVOS.
  - 2.2. LA PRIORIDAD RECONOCIDA A LA CUSTODIA COMPARTIDA.
  - 2.3. AUDIENCIA DEL MENOR.
  - 2.4. CARACTERES DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.
  - 2.5. EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD.
3. LA CUSTODIA EXCLUSIVA DE UN PROGENITOR:
  - 3.1. APRECIACIÓN JUDICIAL DEL INTERÉS DEL MENOR.
  - 3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA CUSTODIA EXCLUSIVA.
4. EL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS:
  - 4.1. EL MANTENIMIENTO DIRECTO.
  - 4.2. LA FUNCIÓN COMPENSATORIA DE LA PENSIÓN.
  - 4.3. EL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y DISCAPACITADOS.
5. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR:
  - 5.1. EL INTERÉS DEL HIJO.
  - 5.2. EL CAMBIO DE RESIDENCIA.

6. EL DERECHO DE VISITAS:

- 6.1. LA GRADACIÓN JUDICIAL DE LA PERMANENCIA DEL MENOR CON SUS PROGENITORES.
- 6.2. LAS RELACIONES DEL MENOR CON SUS ABUELOS.

1. LA SEPARACIÓN, LA NULIDAD Y EL DIVORCIO CON RESPECTO A LOS INTERESES DE LOS HIJOS

1.1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE 2006

La custodia de los hijos en los supuestos de ruptura de la pareja de los progenitores aparece regulada en el artículo 155-155 *sexies* del Código Civil italiano, habiendo sido profundamente reformada esta materia a través de la reciente Ley de 8 de febrero de 2006 (1).

En la normativa anteriormente vigente, la custodia de los hijos en las situaciones en que existía un procedimiento de separación o de divorcio venía determinada por el Juez en favor de uno u otro cónyuge aunque, en aplicación del artículo 155 del Código Civil, que contemplaba la posibilidad de adoptar cualquier otra medida o disponer en sentido distinto al ejercicio exclusivo de la patria potestad, se admitía la solución de imponer la custodia conjunta a ambos progenitores (2). La toma de conciencia por parte del legislador de la importancia de que el hijo mantuviese una relación asidua con cada uno de los progenitores pese a haberse disgregado el núcleo familiar, le induce a explicitar modalidades distintas de aquéllas que constituían la solución tradicional de la custodia exclusiva por parte de uno sólo de los padres: en concreto, el artículo 6 de la Ley del divorcio, después de la reforma de 1987, contemplaba la posibilidad de determinar la custodia conjunta y la custodia

---

(1) Dice la Exposición de Motivos de esta ley que: «*In caso di separazione dei genitori, i figli saranno affidati come regola ad entrambi i genitori e, soltanto come eccezione, ad uno di essi quando in tal senso spinga l'interesse del minore e l'affidamento condiviso determini una situazione di pregiudizio per il minore stesso.*»

Con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 viene capovolto il sistema attuale in materia di affidamento in base al quale i figli sono affidati o all'uno o all'altro dei genitori secondo il prudente apprezzamento del presidente del tribunale o del giudice o secondo le intese raggiunte dai coniugi.

Le nuove norme attuano il principio della bigenitorialità; principio affermatosi da tempo negli ordinamenti europei e presente altresì nella Convenzione sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989, e resa esecutiva in Italia con la legge n. 176 del 1991».

Vid. SESTA, M., *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 2007, pág. 165 y sigs.

(2) BISCIONE, S., *Affido condiviso - Patti di famiglia e nuove norme in tema de separazione e divorzio. Come cambia il diritto di famiglia dopo le leggi 54/2006 e 55/2006*, Napoli, 2006, pág. 29.

alterna como modalidades distintas de la custodia exclusiva, compartiendo la responsabilidad educativa común de los hijos pese a estar los cónyuges separados o divorciados (3).

Sobre la custodia alterna, en virtud de la cual el menor queda, por períodos de tiempo prefijados, al cuidado de un solo progenitor, al que le corresponderá con exclusividad e independencia del otro el ejercicio de la patria potestad, han recaído numerosas críticas, considerándola como fuente de una inestabilidad de vida tal que compromete el equilibrio del menor. Mayor interés había suscitado, en cambio, la figura de la custodia conjunta que, en ausencia de una definición normativa, se fundamenta en la situación en la que ambos cónyuges ejercitan en común la patria potestad sobre sus hijos, siendo éstos mantenidos, instruidos y educados bajo un único proyecto alcanzado de común acuerdo. Para poder llevarlo a la práctica, la jurisprudencia había considerado necesarias algunas condiciones como el acuerdo de los padres para solicitar dicha custodia conjunta, la ausencia de conflictividad entre ellos, la existencia de un estilo de vida homogéneo y compatible, la cercanía de las respectivas residencias; sin embargo, estos presupuestos, verdaderamente rigurosos, no siempre se encontraban presentes en una realidad presidida por el conflicto entre los cónyuges, lo que determinó un uso limitado de este tipo de medida.

## 1.2. DERECHO DEL HIJO A LA «BIGINITORIALITÀ»

Tras la Ley de 8 de febrero de 2006, n. 54, el legislador, a la zaga de las recomendaciones emergidas en el ámbito internacional, ha pretendido vigorizar el derecho del menor a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores (4), promoviendo su participación activa en la vida del menor, incluso aunque se haya disuelto el núcleo familiar, abandonando así la tradicional distinción entre el progenitor que se ocupaba del hijo y aquél que se encargaba del «tiempo libre» (5). Además, las medidas relativas a la custodia, en especial las relativas a la custodia compartida, surgen haciendo referencia exclusiva al derecho del hijo a la *bigenitorialità*, reconociéndole expresamente su derecho a ambos padres (6).

---

(3) DE FILIPPIS, B., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, pág. 1. MANERA, G., *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Rimini, 2007, pág. 26 y sigs.

(4) Vid. PADALINO, C., *L'affidamento condiviso dei figli. Commento sistematico delle nuove disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006, pág. 2.

(5) Vid. SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 167. BALESTRA, L., «Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso», en *Famiglia*, 2006, pág. 655.

(6) FINOCCHIARO, M., «Riconosciuto anche alla prole il diritto di frequentare i genitori», en *Guida al dir.*, 2006, pág. 11 y sigs.

En esta dirección, la Ley 54/2006, en línea con los principios consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, tiene como objetivo prioritario favorecer las relaciones equilibradas con ambos progenitores, también en el caso de disolución de la familia, para ofrecer una tutela continuada y uniforme a los hijos, al margen, por tanto, de la naturaleza de la unión entre los progenitores y de sus posibles avatares. Se trata de una perspectiva de particular importancia, toda vez que, como dispone el artículo 4.2 de la mencionada Ley, sus disposiciones se aplican incluso en los supuestos de divorcio, de cesación de los efectos civiles y nulidad del matrimonio o de procedimientos relativos a los hijos de progenitores no casados entre sí. Esta previsión viene a colmar una laguna del sistema, que no contenía ninguna norma para la regulación de la disolución de la pareja de padres no casados en relación con la custodia de sus hijos.

Desde otro punto de vista, la disposición ha dado lugar a una situación de cierta incertidumbre en el ámbito procesal, que está siendo afrontada por la Corte Casacional, si bien representa un importante paso en la equiparación entre la familia natural y la matrimonial, al menos en lo que al tratamiento de las relaciones filiales se refiere, perdiendo el matrimonio, en gran medida, la fuerza (7) que hasta ahora lo había distinguido.

## 2. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

### 2.1. DERECHO A RELACIONARSE CON AMBOS PADRES Y SUS PARIENTES RESPECTIVOS

Del artículo 155.1 del Código Civil (8) se desprende que, incluso en los supuestos de crisis entre los progenitores, el hijo menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de ellos, a recibir cuidado, educación e instrucción de ambos y a conservar relaciones significativas con sus ascendientes y con los parientes de cada uno de aquéllos (9).

---

(7) La *vis*, dice SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 167.

(8) «*Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*».

(9) Cfr. Tribunale di Napoli, sez. I, *ordinanza 1 febbraio 2007*, Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 22 marzo 2007*, n. 6979, Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 23 novembre 2007*, n. 24407, Tribunale di Firenze, *sentenza 3 ottobre 2007*, Consiglio di Stato, *sentenza 13 novembre 2007*, n. 5825, Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 7 dicembre 2007*, n. 25618, Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 28 gennaio 2008*, n. 1758 e Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 18 febbraio 2008*, n. 3934 in Altalex Massimario.

Esta disposición subraya la importancia de que el hijo disfrute de una relación intensa con ambos progenitores a pesar de la cesación de la vida en pareja; simultáneamente, refuerza también la importancia de otros vínculos familiares más amplios, reconociendo el derecho del hijo a continuar sus relaciones con los parientes de cada uno de sus progenitores. Para alcanzar esta finalidad, el Juez que pronuncie la separación personal de los cónyuges adoptará las medidas relativas a la prole, con exclusiva referencia a los intereses morales y materiales de ésta (10).

## 2.2. LA PRIORIDAD RECONOCIDA A LA CUSTODIA COMPARTIDA

El artículo 155.2 del Código Civil italiano pone de manifiesto que el Juez valorará prioritariamente la posibilidad de que la custodia de los hijos menores se confíe a ambos progenitores, o bien determinará a cuál de ellos son confiados, estableciendo los plazos y forma de presencia con cada uno de los padres, fijando, además, la medida y el modo con que cada uno de éstos debe contribuir al mantenimiento, cuidado, instrucción y educación de los hijos (11).

La norma prevé dos modalidades distintas de custodia: una, la que correspondería a ambos progenitores, y otra, la atribuida a uno sólo de ellos. No obstante, es importante poner de manifiesto que la custodia compartida (*affidamento condiviso*) y la custodia exclusiva (*affidamento monogenitoriale*) no son consideradas en un plano de igualdad; se prefiere, de hecho, que el Juez aprecie prioritariamente la posibilidad de determinar la custodia compartida y sólo cuando ésta sea considerada contraria a los intereses del menor (12), opte por la custodia de un solo progenitor, que tendrá carácter residual.

En aplicación del artículo 155 *sexies* del Código Civil, el Juez, antes de decidir las medidas relativas a los hijos, puede recurrir, incluso de oficio, a la práctica de distintos medios de prueba, incluida la audiencia del menor que

---

(10) PUGLIESE, C. B., «Interesse del minore, potestà dei genitori e poteri del giudice nella nuova disciplina dell'affidamento condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54)», en *Famiglia*, 2006, pág. 1053 y sigs.

(11) «Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole».

(12) Vid. artículo 155 *bis* del Código Civil, que trataremos posteriormente al examinar la custodia exclusiva por un progenitor.

haya cumplido los doce años y también de edad inferior si tuviera suficiente capacidad de discernimiento (13).

### 2.3. AUDIENCIA DEL MENOR

Ante todo, conviene poner de relieve que hoy en día, conforme a lo dispuesto por el artículo 155 *sexies* del Código Civil y a la luz de las distintas fuentes internacionales, escuchar al menor constituye una especie de acto debido por parte del Juez. Esta circunstancia implica que la norma, interpretada en sentido categórico, impediría al Juez valorar si la audiencia, en cada caso concreto, más que satisfacer o garantizar un derecho del hijo constituye para él un modo de perjudicarlo. Todo ello sirve de estímulo para buscar nuevas y más elásticas interpretaciones de la norma, en consideración al hecho de que la audiencia, sobre todo si no se ha actuado siguiendo una técnica respetuosa con la personalidad y los afectos del menor, puede suponer para éste una situación verdaderamente traumática, que el Juez debe poder evitar. En otros términos, entre una satisfacción abstracta del derecho del menor a ser escuchado y la satisfacción concreta de su derecho a que le sea evitado un perjuicio grave e innecesario, parece preferible que el Juez pueda legítimamente optar por no escuchar al menor.

En todo caso, el artículo 155.2 *sexies* del Código Civil (14) establece que el Juez podrá dirigirse a los progenitores para que éstos consientan las medidas adoptadas en relación con la custodia de sus hijos, recabando la opinión de expertos o acudiendo a la mediación para alcanzar un acuerdo, en especial, por lo que se refiere a los intereses personales y morales de los hijos.

---

(13) En relación con la potestad del Juez y audiencia del menor, dispone el artículo 155 *sexies* que: «*Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento*». Puede ampliarse el estudio de este precepto consultando el artículo de CALABRO, P., *Legge sull'affido condizio: profili processuali*.

(14) «*Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli*». En tema de mediación familiar, se puede consultar Tribunale di Lamezia Terme, *ordinanza 5 dicembre 2007*, así como el artículo de SPADARO, G., Cfr. Tribunale di Lamezia Terme, *ordinanza 26 maggio 2008*, in Altalex Massimario.

## 2.4. CARACTERES DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Guarda el legislador italiano completo silencio en relación a los caracteres de la custodia compartida, no poniéndolos ni siquiera en conexión con los de la custodia exclusiva. El artículo 155.2 del Código Civil, anteriormente comentado, no establece en qué consiste exactamente la diferencia entre la custodia confiada a ambos y la que corresponde a uno sólo de los progenitores.

En todo caso, esta diferencia no puede ser reducida a una cuestión meramente cuantitativa, relacionada con la estancia, residencia, presencia, medidas y modo de mantenimiento de los hijos, pues se trata de condiciones y prestaciones compatibles con una y otra modalidad de custodia. Además, en el supuesto de la custodia exclusiva, el Juez debe, en todo caso, dejar a salvo, en cuanto le sea posible, los derechos de los menores previstos en el artículo 155.1 del Código Civil.

Para ir perfilando los contornos de esta nueva figura, podemos decir que la expresión «custodia compartida», empleada por el legislador en el título de la Ley y del artículo 155 *bis*, sin haber precisado siquiera sus caracteres, evoca una idea de coparticipación de los progenitores en las funciones de cuidado y crecimiento del hijo. Compartir significa literalmente partir con alguien y, en el caso que nos ocupa, cada progenitor parte con el otro el cuidado y funciones educativas de los hijos. En este sentido ha precisado la jurisprudencia que la característica peculiar de esta nueva tipología de custodia reside, no ya en la dualidad de la residencia o en la paridad del tiempo de permanencia del hijo con uno y otro progenitor, sino en la condisión paritaria de su función como padres.

## 2.5. EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD

El reparto de funciones entre ambos padres entra directamente en conexión con la patria potestad, cuyo ejercicio, según el artículo 155.3 del Código Civil, se encomienda a los dos progenitores. Este principio, desde el punto de vista jurídico-político, posee una enorme trascendencia, representando la ruptura con la normativa anteriormente vigente (15). Hoy, el legislador ha establecido que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores lo que, en línea de principio, parece implicar que todas las prerrogativas

---

(15) El anterior artículo 155 del Código Civil, hoy derogado, atribuía al progenitor custodio, salvo disposición judicial, el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre sus hijos, mientras las decisiones de mayor interés correspondía asumirlas a ambos. En consecuencia, el progenitor no custodio, salvo las mencionadas decisiones, se limitaba a vigilar las decisiones asumidas por el otro progenitor, pudiendo recurrir al Juez en el caso de que las considerase perjudiciales para los intereses de sus hijos.

derivadas de la patria potestad deben ser ejercitadas de común acuerdo, tal y como recoge el artículo 155.3 del Código Civil (16), con la previsión contemplada por el artículo 316.2 del Código Civil (17).

Establece a continuación el precepto que las decisiones de mayor interés para los hijos, relativas a su instrucción, educación y salud, serán adoptadas por ambos de común acuerdo, teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos (18). En caso de desacuerdo, la decisión corresponderá al Juez. A diferencia de la prescripción contenida en el artículo 316.3 del Código Civil (19), se percibe aquí que es el Juez quien adopta la decisión, sin atribuirle a aquél de los progenitores que él estime más idóneo para la protección de los intereses del menor (20).

No obstante, y pese a los términos aperturistas en que aparece redactado el precepto, conviene aclarar que en ningún momento dice que la patria potestad se ejercite de común acuerdo, previsión que se limita sólo a los casos en que se deban adoptar decisiones de mayor trascendencia para los hijos; es más, el inciso final de este apartado 3 establece que, cuando deban adoptarse decisiones sobre actos de administración ordinaria, el Juez podrá establecer que los progenitores ejerciten la patria potestad separadamente (21).

La referencia a la administración ordinaria contenida en el artículo 155.3 del Código Civil alude a cuestiones de carácter rutinario y no, según su sentido más técnico, a asuntos de carácter patrimonial (22). Por tanto, la regla

---

(16) «*La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice*».

(17) «*La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei*».

(18) En este sentido, el Tribunal de Salerno, de 30 de junio de 2006, en *Fam. e Dir.*, 2006, pág. 639, con nota de FIGONE, *Alcune questioni applicative in tema di affidamento condiviso*; entiende que la custodia compartida no comporta necesariamente una convivencia del hijo con ambos, ni una suerte de custodia alterna, sino una mayor responsabilidad de ambos progenitores en la determinación de una línea educativa común para la prole.

(19) «*Il giudice, sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio*».

(20) Estima SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 171, que no es fácil explicar esta diferencia. A su juicio, con la ruptura de la convivencia entre los cónyuges, se debilita la exigencia de proteger la autonomía familiar, que fundamentaba la previsión contenida en el artículo 316 del Código Civil, ensalzando simultáneamente, la función del Juez.

(21) «*Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente*».

(22) Entiende DOSI, G., «Separazioni, guida all'affidamento condiviso. Le regole sulla casa e sul mantenimento. Sui rapporti tra genitori e figli ogni provvedimento è reclamabile», en *Dir. e Giust.*, 2006, 6, pág. 28, que se trata de actos de reducida importancia cotidiana pero de gran relevancia para el equilibrio de la pareja y de la vida familiar.



general establecida por el legislador consagra la patria potestad conjunta, que sólo mediante la intervención judicial y para la realización de actos cotidianos, puede convertirse en individual. En síntesis, lo que viene a hacer el artículo 155.3 es reproducir lo dispuesto en el artículo 316.2 y 3, con la salvedad de permitir la actuación aislada para los actos de naturaleza rutinaria, que cada uno podrá realizar sin necesidad del consentimiento del otro cuando el hijo se encuentre con él.

En el desarrollo concreto de las relaciones paterno-filiales, que tienen lugar en el caso de la custodia compartida, juegan un papel decisivo los acuerdos entre los cónyuges a los que el Juez, salvo que se consideren contrarios a los intereses del hijo, deberá hacer referencia cuando dictamine sobre las prescripciones contenidas en el artículo 155.2 del Código Civil, en relación con el tiempo y forma de permanencia del hijo con cada uno de los progenitores, modalidad de mantenimiento, cuidado, instrucción y educación. En orden a la determinación de la estancia del menor con sus padres, debe matizarse que la mayor parte de ella será establecida junto a un progenitor, sin perjuicio de que se determinen los tiempos de permanencia en la casa del otro; la ley no hace referencia a la residencia habitual del menor, que será fijada, de común acuerdo o por el Juez, junto a uno de los padres (23).

### 3. LA CUSTODIA EXCLUSIVA DE UN PROGENITOR

#### 3.1. APRECIACIÓN JUDICIAL DEL INTERÉS DEL MENOR

El artículo 1 de la Ley de 8 de febrero de 2006 da nueva redacción al artículo 155 *bis* del Código Civil (24), en cuyos términos el Juez puede atribuir la custodia de los hijos a uno solo de los progenitores, siempre que considere de manera fundamentada que la custodia del otro es contraria a los intereses del menor.

---

(23) Dice el artículo 155 *quater*, en su apartado 2 que: «*Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici*».

(24) «*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. Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 155. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile*».

Resulta imprescindible, por tanto, preguntarse cuándo el interés del menor determina el establecimiento de la custodia exclusiva, a la que la Ley, como comentábamos anteriormente, considera como decisión desfavorable con respecto a la custodia compartida que goza de prioridad.

La custodia compartida no puede considerarse excluida automáticamente en los supuestos en que exista mera conflictividad entre los cónyuges, porque, en ese caso, tendría una aplicación residual, coincidente con la de la antigua custodia conjunta. Esta apreciación aparece respaldada por la jurisprudencia mayoritaria, que, observando el principio de *bigenitorialità* consagrado en el artículo 155.1 del Código Civil, entiende que, para acordar esta modalidad de custodia, no puede apreciarse como único requisito la conflictividad entre los progenitores.

A *sensu contrario*, para determinar la custodia exclusiva ejercida por uno sólo de los progenitores, tampoco será siempre necesario que se den situaciones extremas, como las previstas en los artículos 330 (25) y 333 (26) del Código Civil. Para que el Juez se decante por la custodia exclusiva, no se requiere, por tanto, que la custodia compartida suponga un grave perjuicio para el hijo, sino simplemente que sea contraria a sus intereses, por impedirle el desarrollo de una vida equilibrada, serena y satisfactoria al concurrir situaciones específicas. En definitiva, será competencia del Juez valorar estas situaciones específicas y analizar caso por caso lo que es contrario a los intereses del menor.

Del análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta cuestión se desprende que, en determinadas ocasiones, la custodia compartida ha sido considerada contraria a los intereses del menor. Así ocurre cuando el hijo, en edad adolescente, rechaza él mismo cualquier tipo de relación con uno de sus padres o cuando circunstancias objetivas impiden dicha relación.

### 3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA CUSTODIA EXCLUSIVA

La norma del artículo 155 *bis* del Código Civil no contiene referencia específica alguna al estatuto concreto de la custodia exclusiva; sin embargo, recordando que la apreciación del interés del hijo es presupuesto indispensable para que aquélla se determine por parte del Juez, parece que necesaria-

---

(25) El Juez podrá determinar la extinción de la patria potestad cuando el progenitor viole o descuide los deberes inherentes a la misma o abuse de las potestades que le corresponden, con grave perjuicio para el hijo.

(26) Cuando la conducta de uno de los progenitores o de ambos no permite determinar la extinción de la patria potestad prevista en el artículo 330, pero sea perjudicial para el hijo, el Juez podrá adoptar las medidas convenientes e incluso disponer el alejamiento de la vivienda familiar.

mente se presupone que, ya sea por razones objetivas o subjetivas, al menor no le beneficia ser sometido a la custodia de ambos cuando uno de los dos progenitores esté imposibilitado o sea inadecuado para asumir las responsabilidades relativas al cuidado y crecimiento del hijo, lo que justificaría la exclusión del reparto de estas funciones.

Ejercer la custodia sobre el hijo, por lo demás, no significa otra cosa que atribuir al progenitor las responsabilidades de crecimiento y cuidado del mismo, así como que la diferencia entre las dos modalidades de custodia, que el legislador distingue y contrapone netamente sin definir sus caracteres específicos, no puede sino buscarse en el instrumento del que disponen los padres para cumplir tales funciones, la patria potestad.

El concepto de custodia, por otra parte, no parece que pueda reducirse a la cuestión meramente material de la permanencia del hijo junto a uno u otro progenitor, como han considerado algunos autores. La cuestión relativa a la permanencia preferente en uno u otro domicilio se aprecia tanto en el caso de custodia compartida como en el de custodia exclusiva, con la excepción, para el caso concreto de la custodia compartida, de que exista una alternancia casual del hijo en la residencia de los progenitores, situación que parece excluirse toda vez que la ley prevé que el Juez adopte medidas sobre esta cuestión.

Visto que la diferencia entre los dos tipos de custodia no puede fundamentarse en la permanencia predominante del menor con uno u otro de sus progenitores y que, por tanto, debe tomarse como referencia el distinto modo de cuidado atribuido a uno u otro progenitor, deviene aplicable la disciplina reguladora de la patria potestad, recogida en el artículo 155.3 del Código Civil (27). Este precepto prevé el ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores, pero sin especificar ninguna modalidad de custodia; sin embargo, entiende la doctrina (28) que sólo puede hacer referencia a la custodia compartida, toda vez que el Juez que determine la custodia exclusiva deberá establecer que el ejercicio corresponde a uno sólo de los progenitores, especificando cuál sea el progenitor custodio.

En definitiva, cuando el Juez, en atención a los intereses del menor, determina la custodia exclusiva de uno de los progenitores, no puede limitarse a emplear una expresión genérica que haga referencia a esta exclusividad, acordando la permanencia predominante con uno de los padres, sino que necesariamente, además de motivar su decisión, deberá pronunciarse en relación con el ejercicio de la patria potestad, distinguiendo netamente la posición del progenitor custodio respecto al que no lo es: uno, en principio,

---

(27) PADALINO, *op. cit.*, pág. 44; BUCCI, A., *Affidamento e potestà genitoriale: tra tribunale per i minori e tribunale ordinario, alla luce dalla l. N. 54 del 2006*, Relazione all'incontro di studio decentrato «L'affidamento condiviso», Roma, 3 aprile 2006.

(28) Vid. SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 174.

será titular del ejercicio exclusivo de la patria potestad y deberá atenerse a las condiciones establecidas por el Juez; el otro estará legitimado para adoptar conjuntamente con el progenitor custodio las decisiones de mayor repercusión para el hijo y tendrá el derecho y el deber de controlar el ejercicio de las funciones de instrucción y educación por parte de aquél (29).

#### 4. EL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS

##### 4.1. EL MANTENIMIENTO DIRECTO

El derecho-deber de los padres de mantener, instruir y educar a su prole, no cambia su contenido en función de las situaciones patológicas que atraviese la vida familiar; son deberes que surgen del hecho mismo de la procreación y que no cesan por efecto de las crisis matrimoniales (30).

En concreto, el derecho-deber de mantener a los hijos, que tiene un valor predominantemente económico, consiste en la obligación de proporcionarles no tanto los medios de sustento como todo aquello que les sea necesario para disfrutar de un nivel de vida adecuado, para gozar de una estable organización doméstica y para poder alcanzar, a través de su formación intelectual, la inserción en el mundo laboral, adquiriendo un nivel cultural adecuado.

En plena coherencia con el principio de que los padres, pese a la disgregación del núcleo familiar, conservan las obligaciones que, respecto de sus hijos, tenían asumidas durante la vigencia de su convivencia (31), la Ley 54/2006 ha afirmado que, salvo los acuerdos libremente adoptados, cada uno de los progenitores debe contribuir al mantenimiento de los hijos en proporción a sus respectivos ingresos (art. 155.4 CC) (32). Si fuera necesario, el Juez establecerá la prestación de una pensión a fin de dar cumplimiento al principio de proporcionalidad, pensión que se determinará atendiendo a una serie de circunstancias, como las necesidades actuales del hijo, el nivel de vida disfrutado por el hijo constante la convivencia entre ambos progenitores, los períodos de permanencia con cada uno de ellos, los recursos económicos de

---

(29) Consiglio di Stato, *sentenza 13 novembre 2007, n. 5825*. La pretensión de tener noticias sobre la escolarización y ocupación de los hijos, sobre su matriculación y calificaciones, se vincula con la potestad del progenitor no custodio de vigilar el nivel de instrucción y aprendizaje de sus hijos y no exige, en el plano social, mantener momentos de convivencia caracterizados por el contacto físico o afectivo.

(30) El estudio de cada uno de estos derechos-deberes fue abordado en el capítulo anterior, en materia de patria potestad.

(31) Vid. BASINI, «Crisi familiare ed adempimento in unica soluzione dell'obbligo di mantenimento della prole», en *Famiglia*, 2003, pág. 983 y sigs.

(32) DOSI, G., *op. cit.*, 2006, 6, pág. 100 y sigs.

cada progenitor y el valor económico de las funciones domésticas y de cuidado asumidas por cada uno de aquellos (33).

El propósito del precepto no es otro que reforzar el mantenimiento realizado de forma directa por cada uno de los progenitores a favor de su hijo, proporcionándole los bienes y atenciones que precise. La regla del mantenimiento directo parece más respetuosa con el derecho-deber de los progenitores de participar en la vida cotidiana de sus hijos, permitiendo la existencia de relaciones más estrechas y frecuentes entre los padres y su prole. A través de este mecanismo se pone también fin a esa especie de «cheque en blanco» que el progenitor obligado a pagar la pensión ponía en poder del otro, erigido así árbitro absoluto de su utilización, y que constituía el mayor motivo de descontento en el sistema anterior.

Queda, pues, superada, como regla general, la modalidad tradicional en la que el mantenimiento corría a cargo del progenitor no custodio, obligado a pagar una pensión al progenitor que cuidaba directamente al hijo, que sigue, sin embargo, siendo aplicable en los supuestos en los que se determine la custodia exclusiva. No obstante, la jurisprudencia posterior a la Ley 54/2006 ha precisado, oportunamente, que la división de la responsabilidad entre los progenitores, consecuencia de la custodia compartida, no sólo se produce en aquellas situaciones en las que los padres tengan posiciones patrimoniales equivalentes, de modo que, al establecimiento de la custodia compartida no debe vincularse en todo caso la eliminación de la posibilidad de establecer una pensión de mantenimiento en favor de los hijos (34). En definitiva, mientras la custodia compar-

---

(33) «*Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:*

1. *Le attuali esigenze del figlio.*
2. *Il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori.*

3. *I tempi di permanenza presso ciascun genitore.*

4. *Le risorse economiche di entrambi i genitori.*

5. *La valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.*

*L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.*

*Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi».*

A través de estos criterios, entiende Sesta, *op. cit.*, 2007, pág. 176, el legislador pretende que sea el Juez quien valore el peso efectivo que el cuidado del hijo implica para cada uno de los progenitores.

(34) Cass. 18 de agosto de 2006. Establece esta sentencia que la custodia compartida no puede hacer desaparecer la obligación patrimonial de uno de los progenitores de contribuir, con la asignación de una pensión, al mantenimiento de sus hijos, en proporción a sus necesidades vitales y tomando como base el contexto familiar y social al que pertenece.

tida atiende al interés superior del menor desde el punto de vista de su desarrollo y equilibrio psicofísico, tomando en consideración la situación socio-ambiental, la determinación de una pensión de mantenimiento tiene una naturaleza patrimonial, dirigida a sufragar los gastos necesarios para la realización de las actividades que le proporcionan dicho desarrollo psicofísico.

#### 4.2. LA FUNCIÓN COMPENSATORIA DE LA PENSIÓN

El mantenimiento prestado de forma directa exige un preciso acuerdo entre ambos progenitores sobre los mecanismos concretos de su materialización, a fin de evitar desequilibrios entre ellos. En la práctica, cada uno deberá hacerse cargo del mantenimiento durante el tiempo en que el hijo viva con él, mientras los gastos generales consistentes en alojamiento, salud, vestido o actividades escolares y extraescolares deberán ser repartidos de mutuo acuerdo entre ambos. En caso de desacuerdo, el Juez establecerá la forma en que cada uno de los progenitores deba proceder al mantenimiento directo, así como la aportación económica que un progenitor deba abonar eventualmente al otro cuando haya acontecido algún gasto concreto; se logra así una división equitativa de la contribución directa, respetuosa con el cuidado efectivamente prestado por cada progenitor y con el criterio de proporcionalidad a los ingresos de cada uno de ellos (35).

No debe considerarse infundado el temor, expresado por algunos autores con posterioridad a la reforma, de que la normativa del mantenimiento directo, y el consiguiente carácter residual de la determinación de la pensión a favor del cónyuge más débil, termine por dejar sin control y sin tutela las situaciones en las que, en igualdad de condiciones económicas, un progenitor descuide sistemáticamente sus funciones de cuidado y mantenimiento de los hijos. En tales situaciones se verificaría, de hecho, una violación del principio de proporcionalidad. Por ello, las funciones de atención y cuidado prestadas por un progenitor sin que el otro haga lo mismo, darán lugar a la determinación por parte del Juez, y pese a la igualdad de condiciones económicas, de una pensión a cargo del progenitor que incumpla sus competencias, como único medio de restablecer la paridad de contribuciones.

#### 4.3. EL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y DISCAPACITADOS

En cuanto a la duración de la obligación de mantenimiento, se entiende que ésta no cesa cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad, sino

---

(35) Vid. TOMMASEO, F., *Le disposizioni processuali della legge sull'affidamento condiviso*, en [www.giustizia.lazio.it](http://www.giustizia.lazio.it), 5.

que se mantiene hasta que éste no haya conseguido un grado de autonomía tal que le permita proceder, con independencia de sus padres, a la satisfacción de sus propias necesidades. El artículo 155 *quinquies* del Código Civil (36) establece al respecto que el Juez, teniendo en cuenta estas circunstancias, puede disponer a favor del hijo mayor de edad, económicamente dependiente, el pago de una pensión periódica.

El destinatario de tal pensión es, pues, el hijo, y no el progenitor con quién convive, quien podría entonces verse obligado a solicitar una contribución por los gastos suscitados por el alojamiento de aquél, debiendo el Juez decidir al respecto (37). La atribución de la pensión directamente a favor de los hijos mayores de edad se considerará oportuna cuando éstos vivan de manera independiente, como así ocurre cuando han iniciado sus estudios universitarios o bien cuando el pasado de los progenitores haya estado presidido por los conflictos sobre la gestión y aplicación de la pensión de mantenimiento destinada a los hijos. En todos estos casos, la asignación de la pensión directamente en favor del hijo tendrá indudablemente la ventaja de responsabilizarle y de favorecer su contacto con el progenitor obligado.

En definitiva, se ha afirmado por parte de algunos intérpretes que, con la nueva Ley, se ha pretendido reforzar el vínculo entre los progenitores y los hijos mayores de edad, no decretando la cesación de la obligación de mantenimiento por parte de los primeros sino estableciendo que la misma debe subsistir en beneficio directo del hijo que haya alcanzado la mayoría de edad.

Cuanto hemos expuesto no será de aplicación a los hijos mayores de edad que padezcan alguna minusvalía grave, respecto de los cuales, en los términos del artículo 155 *quinquies*, *in fine* del Código Civil (38), resultan plenamente aplicables las disposiciones establecidas en favor de los hijos menores. En aplicación del artículo 3.1 de la Ley 54/2006 se considera persona incapacitada a aquélla que presenta una minusvalía física, psíquica o sensorial, estabilizada o progresiva, que le dificulte el aprendizaje, relaciones e integración laborales, colocándola en una situación de desventaja social o de marginación. Cuando la minusvalía, parcial o completa, haya reducido su autonomía personal, en correlación con su edad, hasta el punto en que deba considerarse

---

(36) «*Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto.*»

(37) En tal sentido, la sentencia del Tribunal de Catania, de 5 de mayo de 2006, determina que la contribución para los hijos mayores de edad, económicamente dependientes y convivientes con la madre, le sea atribuida a esta última en razón a la continuidad de la relación de cohabitación con ella en la casa conyugal.

(38) «*Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.*»

necesaria una intervención asistencial permanente, la situación asume connotaciones de mayor gravedad.

La remisión a las disposiciones de la Ley relativas a los hijos menores está pensando en aquéllos que se encuentren afectados por patologías, físicas o psíquicas, que determinen una pérdida total de su autonomía personal; parece, por tanto, que al legislador le es indiferente si la necesidad de asistencia deriva de discapacidades de carácter exclusivamente físico o de enfermedades de carácter psíquico que repercutan gravemente, hasta el punto de hacerla desaparecer completamente, sobre la capacidad de entender y querer.

## 5. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

### 5.1. EL INTERÉS DEL HIJO

La potestad del Juez para disponer la atribución de la vivienda familiar en favor del cónyuge custodio aparece contemplada por el artículo 155 *quater* del Código Civil (39), en cuyos términos el disfrute de la vivienda familiar debe ser asignado teniendo en cuenta de forma prioritaria el interés de los hijos. Desde este punto de vista, la norma se adapta al criterio de asignación ya previsto por los artículos 155 del Código Civil y 6 de la Ley 898/1970 del sistema anterior a la reforma, en virtud del cual se tutela el interés de los hijos a no sufrir un alejamiento forzoso de su propia casa, considerada como el centro afectivo en el que se desarrolla la vida de la familia (40).

El artículo 155 *quater* continúa diciendo que el Juez deberá tener en cuenta la atribución de la vivienda familiar a la hora de determinar las relaciones económicas entre los cónyuges (41). Esta norma procede de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que ponían de manifiesto que el beneficio económico consistente en la atribución de la vivienda familiar debía ser tenido en cuenta a la hora de cuantificar la pensión compensatoria en los casos de separación y de divorcio.

---

(39) «*Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*».

(40) CUBEDDU, M. G., «L'assegnazione della casa familiare», en AA.VV., *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Milano, 2006, págs. 181 y sigs. También la jurisprudencia entiende que los presupuestos para la atribución de la vivienda están vinculados a la presencia del hijo y a la tutela de sus intereses, evitándole el trauma de alejarlo de su domicilio familiar: Cass. de 26 de mayo de 2004, n. 10102, en *Fam. e Dir.*, 2005, pág. 23 y sigs.; Cass. de 9 de julio de 2004, n. 12666, en *Foro it.*, 2005, I, c. 576; Cass. de 2 de febrero de 2006, n. 2338, en [www.affidamentocondiviso.it](http://www.affidamentocondiviso.it); Cass. de 22 de marzo de 2007, n. 6979, en [www.affidamentocondiviso.it](http://www.affidamentocondiviso.it)

(41) «*Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà*».



Sorprende, y mucho, la disposición introducida tras la reforma en este precepto que comentamos, cuando establece que el derecho al disfrute de la vivienda familiar desaparece en el caso de que el adjudicatario no la habite o deje de habitarla establemente o inicie una convivencia *more uxorio* o contraiga ulterior matrimonio (42). La disposición es merecedora de crítica, toda vez que permite que sobre la atribución de la vivienda familiar repercuta una circunstancia completamente ajena al interés de los hijos; además, esta determinación debilita la posición del cónyuge que se encuentra en desventaja económica, condicionando sus decisiones personales ante el riesgo de ser privado del disfrute de la vivienda familiar (43).

El artículo 155 *quater* expresamente dispone que la decisión de atribución de la vivienda familiar y la de su revocación serán inscribibles y oponibles ante terceras personas en el sentido del artículo 2.643 del Código Civil (44).

## 5.2. EL CAMBIO DE RESIDENCIA

Por último, como ya se apuntó anteriormente, el Juez y los progenitores deberán especificar la residencia habitual del hijo, que deberá fijarse en la vivienda familiar y que podrá ser modificada bajo decisión adoptada de común acuerdo por ambos padres (45). Esta circunstancia ha suscitado una situación delicada en relación con el derecho del progenitor custodio a cambiar de domicilio, derecho que tiene constitucionalmente reconocido y que también contempla el artículo 155 *quater*, en su apartado 2. La solución que parece más conveniente es que, una vez producido el cambio de domicilio del progenitor, el Juez, a instancia del otro, pueda modificar la modalidad de custodia, ya sea en relación con la permanencia del hijo o sobre

---

(42) «*Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio*».

(43) Apunta SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 178, que surgen dudas sobre la constitucionalidad de esta norma, ante todo porque parece difícilmente conciliable con el principio de «razonabilidad» (*principio de ragionevolezza*) que el derecho a habitar la vivienda conyugal —que se atribuye sobre el único presupuesto de la convivencia con los hijos y en exclusivo interés de éstos— pueda desaparecer como consecuencia del nuevo matrimonio o del inicio de una convivencia *more uxorio*; además, porque, en relación con el artículo 2 de la Constitución, la libertad de convivir *more uxorio* o de contraer nuevo matrimonio del progenitor adjudicatario puede verse perjudicada ante la perspectiva de perder el derecho a disfrutar de la vivienda familiar.

(44) El artículo 2.643 del Código Civil establece la relación de actos relativos a bienes inmuebles sujetos a inscripción.

(45) FISSORE, A., «Le domande aventi contenuto economico: il contributo al mantenimento dei figli minorenni e maggiorenni e del coniuge. L'assegnazione della casa coniugale», en AA.VV., *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso*, Padova, 2007, pág. 207 y sigs.

aspectos económicos, procediéndose, sólo si se da el caso, a acordar la custodia exclusiva.

## 6. EL DERECHO DE VISITAS

### 6.1. LA GRADACIÓN JUDICIAL DE LA PERMANENCIA DEL MENOR CON SUS PROGENITORES

El artículo 155 del Código Civil, en el texto anterior a la reforma, reconocía al progenitor no custodio la posibilidad de relacionarse con sus hijos y de participar en las decisiones concernientes a los mismos. En concreto, y al margen de su actuación como titular de la patria potestad en la adopción de las decisiones de mayor interés para el menor y de su intervención en el caso de que el progenitor custodio adoptase decisiones perjudiciales para el hijo, la ley le reconocía un derecho de visitas, que debía ejercitarse según el modo y los tiempos que hubiesen sido rígidamente predeterminados.

Con la introducción en la regulación de las relaciones personales entre los miembros de la familia en crisis, como modalidad privilegiada de la custodia compartida, cabe preguntarse si todavía tiene sentido hablar del derecho de visita para indicar la relación y los períodos de permanencia del hijo con cada uno de sus progenitores.

Acertadamente se ha reseñado que con la expresión «derecho de visitas» se evoca un sentido negativo de «ajenidad» (46), que nunca debería presidir las relaciones entre padres e hijos. Sería preferible, en cambio, insistir en que, con la entrada en vigor de la nueva normativa, el progenitor con quien el hijo conviva habitualmente debería hacer todo lo posible para que éste mantenga una relación significativa con el otro progenitor, preservando la función e imagen de este último, garantizándose, al mismo tiempo, los derechos que el menor tiene reconocidos en el artículo 155.1 del Código Civil.

Independientemente de la expresión literal por la que, finalmente, se decanten los Jueces, resulta imprescindible, a fin de evitar que vuelvan a surgir las situaciones de conflictividad que caracterizaban el régimen normativo anterior, que el Juez esté preparado para dosificar el grado de especificidad de la medida de permanencia del hijo menor con cada uno de los progenitores, reservando las expresiones genéricas sólo para aquellos casos en que los cónyuges mantengan la capacidad de diálogo y colaboración y, por el contrario, puntualizando meticulosamente los encuentros cuando subsista una hostilidad recíproca. Obviamente no se trata de establecer una regla fija e inmutable, pero lo que no se puede pretender es omitir, al amparo de la expresión

---

(46) ARCERI, A., *L'affidamento condiviso: Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisis*, Milano, 2007, pág. 117, utiliza textualmente la expresión *estranità*.

custodia compartida y con la atribución de la patria potestad a ambos progenitores, toda regulación de las relaciones personales.

## 6.2. LAS RELACIONES DEL MENOR CON SUS ABUELOS

La Ley 54/2006, como ponen de manifiesto algunos autores (47), no ha olvidado incluir una consideración a los abuelos.

El artículo 155.1 del Código Civil, recogiendo principios ya consagrados a nivel supranacional (48), afirma y tutela, con absoluta novedad respecto a la normativa previgente, el derecho del menor, en caso de ruptura del núcleo familiar, a conservar unas relaciones significativas con los ascendientes y parientes de cada una de las familias de sus progenitores.

La ley reguladora de la custodia compartida, por tanto, ha pretendido colmar un vacío legal que venía siendo considerado como una fractura con las más elementales nociones de la psicología infantil (49): el texto anterior del artículo 155 del Código Civil, silenciando completamente todo lo relativo a las relaciones abuelos-nietos, obligaba a la doctrina y a la jurisprudencia a buscar en el sistema normativo los principios que les permitiesen justificar el reconocimiento y tutela de unas relaciones de tanta importancia para el crecimiento y formación de la personalidad de cada persona.

Sin embargo, la disposición que ha resaltado y reconocido el papel fundamental de los abuelos en el sereno y equilibrado desarrollo psicofísico del menor es considerablemente ambigua, y no aclara, en primer lugar, si se ha reconocido a los abuelos un verdadero derecho subjetivo a una relación frecuente con sus nietos (*diritto alla frequentazione*); en segundo lugar, pese a afirmar que el menor (y no los abuelos) tiene derecho a mantener relaciones significativas con sus ascendientes, no llega a reconocer, como sí hace con respecto a los padres, la necesidad de una relación continuada. A través de estos términos se manifiesta cierta incertidumbre sobre la cualidad e intensidad de las relaciones, correspondiendo en todo caso al Juez preservar y velar por el interés superior del menor.

---

(47) PADALINO, *op. cit.*, pág. 25. ARCERI, A., *Codice della famiglia*, a cura de Sesta, Giuffrè, Milano, 2008, págs. 564-565.

(48) Así, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, de 13 de junio de 2000, *Fam. e Dir.*, 2001, 5, considera que la relación entre abuelos y nietos entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la Convención para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales («*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*»), afirmando, en particular, que tal relación constituye un aspecto fundamental de la vida familiar, que cada Estado miembro tiene obligación de favorecer y preservar.

(49) BRECCIA, U., «Separazione personale dei coniugi», en *Digesto Disc. Civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, pág. 398.

En lo concerniente a la posición jurídica reconocida a los abuelos, el del Código Civil de 1942 no había reconocido a los mismos, a diferencia del Código de 1865, un verdadero derecho de visitas. Esta determinación, en cambio, parece estar plenamente confirmada en la Ley 54/2006. Después de una larga tramitación, se decidió intervenir consagrando, con carácter absolutamente prioritario, el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos, garantizándole así una plena protección de su interés a mantener unas relaciones que resultan fundamentales para el desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que la ubicación sistemática escogida por el legislador para esta disposición es indicativa de las razones de la previsión realizada y de la finalidad de la innovación: la afirmación del derecho del menor a mantener unas relaciones significativas con sus ascendientes está inserta, no casualmente, no entre las disposiciones relativas a la filiación o a la patria potestad, sino en el núcleo del cuerpo de normas dirigidas a regular la separación conyugal, bajo el presupuesto de que en tal momento surge la más apremiante necesidad de garantizar al menor la conservación de estas relaciones, que hunden sus raíces en la tradición familiar, valor este último reconocido y tutelado por la Constitución (art. 29).

Es en este sentido en el que la norma debe ser interpretada y aplicada. El Juez podrá y deberá, en primer lugar, a instancia de parte o de oficio, y valorando mediante los instrumentos de indagación que tenga a su disposición la consistencia y naturaleza de los vínculos entre el menor y los miembros de las dos ramas familiares, hacer que dichos vínculos, positivos y satisfactorios para el menor, no sean interrumpidos como consecuencia del conflicto entre los progenitores.

En definitiva, parece que la expectativa (o el interés cualificado, como algún sector de la doctrina lo ha denominado) (50) de los abuelos a mantener una relación frecuente con los nietos puede encontrar protección, tras la entrada en vigor de la nueva normativa, en el caso, y solamente en el caso, de que tal relación se estime favorable para el interés del menor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. DOCTRINA ITALIANA

ANNUNZIATA, G.: *Il processo nel diritto di famiglia*, 2.<sup>a</sup> ed. riv. e aggiornata con il commento della Legge 8 febbraio 2006, n. 54, avente ad oggetto disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli, CEDAM, Padova, 2006.

ARCERI, A.: *L'affidamento condiviso: Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisis*, Milano, 2007. *Codice della famiglia*, a cura de Sesta, Giuffré, Milano, 2008.

---

(50) TOMMASEO, F., *L'interesse dei minori*, pág. 298.

- AULETTA, T.: *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma: atti del Convegno di studi*, Catania, Villa Cerami, 25-27 maggio 2006, Giuffrè, Milano, 2007.
- BALESTRA, L.: «Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso», in *Famiglia*, 2006.
- BASINI: «Crisi familiare ed adempimento in unica soluzione dell'obbligo di mantenimento della prole», in *Famiglia*, 2003.
- BISCIONE, S.: *Affido condiviso - Patti di famiglia e nuove norme in tema di separazione e divorzio. Come cambia il diritto di famiglia dopo le leggi 54/2006 e 55/2006*, Napoli, 2006.
- BRECCIA, U.: «Separazione personale dei coniugi», in *Digesto Disc. Civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998.
- BUCCI, A.: «Affidamento e potestà genitoriale: tra tribunale per i minori e tribunale ordinario, alla luce della l. n. 54 del 2006», *Relazione all'incontro di studio decentrato «L'affidamento condiviso»*, Roma, 3 aprile 2006.
- CUBEDDU, M. G.: «L'assegnazione della casa familiare», in AA.VV., *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Milano, 2006.
- DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, 2.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 2007.
- DOGLIOTTI: *Affidamento condiviso e diritti dei minori: legge 8 febbraio 2006, n. 54*, Torino, 2008.
- DOSI: «Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio: con il testo modificato del codice civile e del codice di procedura civile ed esempi di casi pratici», Giuffrè, Milano, 2006. «Separazioni, guida all'affidamento condiviso. Le regole sulla casa e sul mantenimento. Sui rapporti tra genitori e figli ogni provvedimento è reclamabile», in *Dir. e Giust.*, 2006.
- FISSORE, A.: «Le domande aventi contenuto economico: il contributo al mantenimento dei figli minorenni e maggiorenni e del coniuge. L'assegnazione della casa coniugale», in AA.VV., *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso*, Padova, 2007.
- GRAZIOSI, A.: *I processi di separazione e di divorzio*, Torino, 2008.
- LA VECCHIA, P.: *Inadempienze e violazioni nell'affidamento condiviso: con formulario e giurisprudenza: ammonizione del genitore*, Maggioli, 2007.
- MANERA, G.: *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio: disciplina processuale; affidamento dei figli di genitori non coniugati; diritto di visita dei nonni*, Maggioli, 2007.
- MARIANI, I. e PASAGNOLI, G.: *Diritti e tutele nella crisi familiare*, CEDAM, Padova, 2007.
- MASCIA, K.: *Il diritto processuale della famiglia in crisi: affidamento condiviso, separazione, divorzio*, CEDAM, Padova, 2008.
- OBERTO, G.: *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso: le riforme del diritto di famiglia viste dagli avvocati: commenti, formulari e documenti*, CEDAM, Padova, 2007.
- PADALINO, C.: *L'affidamento condiviso dei figli: commento sistematico delle nuove disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006.

PUGLIESE, C. B.: «Interesse del minore, potestà dei genitori e poteri del giudice nella nuova disciplina dell'affidamento condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54)», en *Famiglia*, 2006.

ROSSI, RITA: *Il mantenimento dei figli*, Giuffrè, Milano, 2005.

SESTA, M.: *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 2007.

SCORZA, P.: *L'udienza presidenziale nel nuovo diritto di famiglia: questioni di diritto processuale e sostanziale nella separazione e divorzio: aggiornato a L. 54/2006 (affidamento condiviso), D.L. 35/2005 conv. con modif. dalla L. 80/2005 (riforma del codice di procedura civile)*, Maggioli, 2006.

## RESUMEN

### FAMILIA ITALIA

La custodia de los hijos en los supuestos de ruptura de la pareja de los progenitores aparece regulada en el artículo 155-155 sexies del Código Civil italiano, habiendo sido profundamente reformada esta materia a través de la reciente Ley de 8 de febrero de 2006. La toma de conciencia por parte del legislador de la importancia de que el hijo mantuviese una relación asidua con cada uno de los progenitores, pese a haberse disgregado el núcleo familiar, le induce a explicitar modalidades distintas de aquellas que constituían la solución tradicional de la custodia exclusiva por parte de uno sólo de los padres.

Sobre la custodia alterna, en virtud de la cual el menor queda, por períodos de tiempo prefijados, al cuidado de un solo progenitor, al que le corresponderá con exclusividad e independencia del otro el ejercicio de la patria potestad, han recaído numerosas críticas, considerándola como fuente de una inestabilidad de vida tal que compromete el equilibrio del menor. Mayor interés ha suscitado, en cambio, la figura de la custodia conjunta que, en ausencia de una definición normativa, se fundamenta en la situación en la que ambos cónyuges ejercitan en común la patria potestad sobre sus hijos, siendo éstos mantenidos, instruidos y educados

## ABSTRACT

### FAMILY ITALY

Custody of the children when the parents break up is regulated in article 155-155 sexies of the Italian Civil Code. The subject was thoroughly reformed in the recent Act of 8 February 2006. Legislators' growing awareness of the importance of a child's maintaining an assiduous relationship with both parents despite the dissolution of the family nucleus has led to laws that explore different modes of custody from the traditional solution of exclusive custody for only one of the parents.

In alternating custody the child spends preset periods of time under the care of just one parent, who holds the exclusive right to exercise parental authority independently of the other parent. Abundant criticism has been rained on this scheme, considering alternating custody arrangements so strong a source of unstable living conditions as to compromise the child's equilibrium. More interest has been aroused by the concept of joint custody. In the absence of a legal definition, joint custody is based on the situation where both spouses exercise shared parental authority over their children, and the children are kept, instructed and educated according to a single standard both parents have agreed upon. In order to put joint custody in practice,

*bajo un único proyecto alcanzado de común acuerdo. Para poder llevarlo a la práctica, la jurisprudencia ha considerado necesarias algunas condiciones, como el acuerdo de los padres para solicitar dicha custodia conjunta, la ausencia de conflictividad entre ellos, la existencia de un estilo de vida homogéneo y compatible y la cercanía de las respectivas residencias; sin embargo, estos presupuestos, verdaderamente rigurosos, no siempre se encuentran presentes en una realidad presidida por el conflicto entre los cónyuges, lo que determina, en muchos casos, un uso limitado de este tipo de medida.*

*case law considers that there are certain necessary conditions, such as the parents' agreement to apply for joint custody, an absence of conflict between the parents, the existence of a homogeneous, compatible lifestyle and nearness of the parents' residences. Nevertheless, these truly demanding prerequisites cannot always be met, when real conditions are dictated by the conflict between the spouses. In many cases only limited use of this sort of measure can therefore be made.*

*(Trabajo recibido el 22-1-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)*