

ESTUDIO JURÍDICO DEL CASO DE JUANA RIVAS  
Y FRANCESCO ARCURI DESDE LA PERSPECTIVA  
DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
Y DEL DERECHO CIVIL\*

LEGAL STUDY OF THE CASE OF JUANA RIVAS  
AND FRANCESCO ARCURI FROM THE PERSPECTIVE  
OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND CIVIL LAW

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

*Doctor en Derecho*

*Miembro colaborador del Grupo de Investigación Ius Familiae  
Universidad de Zaragoza*

M<sup>a</sup> JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Doctora en Derecho*

*Miembro efectivo del Grupo de Investigación Ius Familiae  
(Universidad de Zaragoza)*

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5218>

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto el estudio del denominado “Caso Juana Rivas”, cuyo desarrollo ha despertado la atención de los medios de comunicación. Dejando al margen el interés mediático, el asunto presenta notable importancia desde el punto de vista jurídico, debido a la presencia de elementos internacionales que vinculan la situación con dos ordenamientos jurídicos, el español y el italiano. Conviene, por tanto, abordar los interrogantes principales de la controversia desde un enfoque internacionalprivatista, así como desde el plano del Derecho comparado.

**Palabras clave:** sustracción de menores, *affidamento*, *collocazione*, derecho de visitas, derecho de alimentos, Derecho comparado.

**Abstract:** The purpose of this paper is to study the so-called “Juana Rivas Case”, which has attracted the attention of the media. Leaving media interest aside, the case is of considerable importance from a legal point of view, due to the presence of international elements that link the situation with two legal systems, Spanish and Italian. It is therefore appropriate to approach the main questions of the controversy from an international-privatist approach, as well as from the point of view of comparative law.

**Keywords:** child abduction, *affidamento*, *collocazione*, visiting rights, right to support, Comparative law.

---

\* El presente trabajo ha sido elaborado 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 DER2016-7542-R “Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad de la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores, IIPP Sofía de Salas Murillo y M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo.

**Sumario:** I. Introducción. II. El “Caso Juana Rivas”: una visión desde el Derecho Internacional Privado. 1. Cuestiones generales. 2. Aproximación al concepto de sustracción internacional de menores. 3. Con carácter general, ¿eran competentes internacionalmente los Tribunales españoles para conocer del litigio acerca de la guarda y custodia de los hijos menores de la Sra. Rivas. y del Sr. Arcuri? 4. ¿Qué Tribunales podrían resolver el litigio relativo a la guarda y custodia de los menores y conforme a qué ley? ¿Resultan competentes los Tribunales italianos? 5. ¿Cuál es el procedimiento pertinente para solicitar el retorno de los hijos menores de la pareja a Italia? ¿Hubieran podido los Tribunales españoles pronunciarse sobre la demanda de guarda y custodia, una vez iniciado el procedimiento por sustracción de menores a instancias del Sr. Arcuri? A. Sustracción internacional de menores y sistema del CH 1980. B. Régimen de la sustracción internacional de menores en el RBII bis. C. Algunas consideraciones en relación con el proceso de sustracción internacional de menores seguido ante la jurisdicción civil en España 6. ¿Podrían aceptarse como motivos de oposición a la restitución de los niños a Italia argumentos como los esgrimidos por la Sra. Rivas referentes al presunto maltrato del que dijo ser objeto por parte del Sr. Arcuri? III. Medidas civiles relativas a los hijos menores. 1. Cuidado de los hijos menores. A) El régimen de atribución del cuidado de los hijos menores en el Derecho italiano. a) El ejercicio de la *responsabilità genitoriale* tras la ruptura. b) El *affidamento*. c) La *collocazione*. B) Análisis de los argumentos del Tribunal de Cagliari. a) El interés superior del menor. b) El lugar de residencia de los progenitores. c) La aptitud de los progenitores. d) La predisposición de los progenitores para permitir las relaciones del menor con el otro. e) La presencia de alienación parental. f) Valoración de la posible existencia de violencia de género. 2. Régimen de visitas. 3. Alimentos.

## I. Introducción

1. El presente trabajo tiene por objeto el estudio del denominado “Caso Juana Rivas”, de cuyo desarrollo se han venido haciendo eco los medios de comunicación desde el verano del año 2016 hasta la fecha. En concreto, los hechos comienzan el 18 de mayo de 2016, cuando Juana Rivas, de nacionalidad española, se trasladó desde Italia a Granada, junto con sus hijos menores (12 y 5 años de edad), en lo que parecía que iban a ser unas vacaciones con su familia, toda vez que sacó billete de vuelta para mes y medio después. En este punto, hay que señalar que, desde el año 2013, Juana Rivas residía en Italia, junto con sus dos hijos y su pareja, Francesco Arcuri, de nacionalidad italiana y padre de los dos menores. No obstante, una vez en España, la Sra. Rivas, aconsejada por la Directora del Centro de la Mujer de una localidad de la provincia de Granada, interpuso denuncia contra el Sr. Arcuri por malos tratos físicos y psicológicos y solicitó ante los Tribunales españoles la guarda y custodia de sus dos hijos menores. Al mismo tiempo, comunicó a su pareja que no tenía intención de regresar a Italia y que pensaba permanecer en España con sus hijos.

2. Por su parte, Francesco Arcuri formuló una denuncia por sustracción de menores, que dio inicio a un procedimiento judicial para la restitución de los niños, en el cual se dictó resolución por la que se acordó que Juana Rivas debía hacer entrega de sus hijos a su padre a fin de que regresasen a Italia, en tanto que era este el país de la residencia habitual de los niños con anterioridad a la sustracción. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Granada<sup>1</sup>.

3. Tras pasar un tiempo en paradero desconocido, Juana Rivas reapareció y procedió a la restitución de los dos menores a su padre, quien regresó con ellos a Italia, donde tuvo lugar el juicio.

4. Mientras, en España, el periplo judicial desembocó en una condena para Juana Rivas de cinco años de prisión, accesorias y privación de seis años del ejercicio de la patria potestad, por un delito de

<sup>1</sup> La SAP Granada de 21 abril 2017 (ECLI: ES:APGR:2017:486) confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada, por la cual se acordaba la inmediata restitución de los menores al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, en ese caso Italia.

sustracción de menores. La Sentencia no es firme, habida cuenta que está pendiente todavía la resolución del recurso de casación interpuesto por Juana Rivas ante el Tribunal Supremo<sup>2</sup>.

5. Dejando al margen la atención mediática que despierta este tema y tomando en consideración los elementos que figuran en este caso, no puede desconocerse que el asunto presenta notable interés desde el punto de vista jurídico, debido a la existencia de elementos internacionales que vinculan la situación con dos ordenamientos jurídicos, el español y el italiano, atendiendo a la nacionalidad y residencia habitual de los implicados. Este dato complica la tramitación del litigio, habida cuenta que del mismo se desprenden una serie de cuestiones para cuya solución es preciso acudir a las normas de Derecho Internacional Privado. Del mismo modo, se trata de un asunto cuyo estudio resulta relevante desde la perspectiva del Derecho comparado, toda vez que, como se ha indicado, se encuentra vinculado con distintos sistemas jurídicos.

6. Conviene, por tanto, analizar los puntos principales de la controversia desde una óptica estrictamente jurídica, que arroje luz sobre las informaciones, a veces sesgadas, que difunden los medios de comunicación. En este sentido, se procederá, en primer lugar, a estudiar desde un enfoque internacionalprivatista los interrogantes que derivan de este caso, para, seguidamente, abordar los aspectos más importantes que suscita este asunto desde el plano del Derecho comparado.

## II. El “Caso Juana Rivas”: una visión desde el Derecho Internacional Privado

### 1. Cuestiones generales

7. Como se ha explicado más arriba, el denominado “Caso Juana Rivas” constituye un ejemplo más de sustracción internacional de menores. Se trata de un fenómeno que, lejos de disminuir, ha experimentado en las últimas décadas un notable incremento, hasta el punto de que puede afirmarse que, hoy en día, supone una auténtica lacra social<sup>3</sup>. Este aumento de casos de sustracción de menores proviene de

<sup>2</sup> Ciertamente, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada dictó sentencia con fecha 18 de Julio de 2018, por la cual se condenó a Juana Rivas como autora de dos delitos de sustracción de menores, a la pena de dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos, con accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años respecto de sus hijos, así como a indemnizar a Francesco Arcuri a en la suma treinta mil euros euros y al pago de las costas incluidas las de la acusación. Dicha condena fue confirmada por la Audiencia Provincial de Granada en su Sentencia de fecha 7 de marzo de 2019 (ECLI: ES:APGR:2019:25). Parece oportuno comentar que el Juzgado de lo Penal tenía competencia en el orden penal, en virtud del art.23 LOPJ. En consecuencia, el Juzgado de lo Penal de Granada aplicó la pena prevista para el delito de sustracción de menores (art.225 bis Cp), que, junto con la privación de libertad dispone la privación para el ejercicio de la patria potestad. Como más adelante se explicará, los tribunales españoles no disponían, en el orden civil, de competencia judicial internacional en este asunto, dado que los menores tenían su residencia habitual en Italia (art.8 RBII bis). Nótese aquí que la privación para el ejercicio de la patria potestad que prevé el art.225 bis Cp no es estrictamente una medida de protección de menores, sino que forma parte de la pena. Sin embargo, a lo largo del presente trabajo, se explicará que los tribunales italianos, en tanto que el RBII bis les otorgaba competencia, dictaron una sentencia, en la que, si bien atribuye al padre el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja, no priva a la madre del ejercicio de la *responsabilità genitoriale*. Existen, por tanto, dos sentencias contradictorias, una española, dictada en el orden penal, y otra italiana, proveniente de un juzgado de familia. Ante esta tesitura, el Profesor Javier Carrascosa ha manifestado a esta autora, en conversación habida el día 13-12-2019, que el art.225 bis CP pudiera ser contrario al Derecho de la Unión Europea.

<sup>3</sup> Así lo ponen de manifiesto, A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO (Coord.), *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Colección Actas. Derecho. Institución “Fernando El Católico» (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2011, p. 115. En esta obra los citados autores refieren como este problema ha ido en aumento desde los años 70 del s. XX, al mismo tiempo que ponen como ejemplo casos que han adquirido importancia debido a su tratamiento periodístico, como el “Caso Eneko”, el “Caso María Amor González” o el “Caso M<sup>a</sup> José Carrascosa”. Otros autores también han indicado que la sustracción de menores se está convirtiendo en algo habitual y citan algún otro ejemplo que suscitó el interés de los medios de comunicación, como fue el asunto *Bornes contra Fuentes B*, resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 1975. En este sentido, puede consultarse, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº16, Enero-Diciembre, 2002, pp.41 y 42.

una mayor presencia en nuestra sociedad de familias con un elemento internacional, lo que ha provocado que se acentúen los conflictos familiares transfronterizos, en especial aquellos que derivan de crisis matrimoniales o ruptura de parejas, en los cuales se ven involucrados niños y adolescentes<sup>4</sup>.

8. En este punto, no debe olvidarse que son los menores de edad los sujetos más débiles y necesitados de protección, cuyo interés prevalente debe salvaguardarse en primer término<sup>5</sup>. Por este motivo, se ha venido defendiendo que el Derecho debería facilitar la solución a los conflictos que se producen en situaciones transfronterizas, muy particularmente por lo que se refiere a la atribución y ejercicio de los derechos de custodia y visitas<sup>6</sup>. En este sentido, el legislador español ha abordado la sustracción de menores desde distintos ámbitos (civil, penal e internacionalprivatista)<sup>7</sup>, de tal manera que la regulación vigente incorpora mecanismos de carácter preventivo, y llegado el caso, no ampara el ejercicio ilimitado de la guarda y custodia por parte del progenitor que decide trasladar de forma ilícita a un menor de un Estado a otro, sin el consentimiento del otro progenitor y sin autorización judicial.

9. Por lo que respecta a los aspectos propios del Derecho Internacional Privado, el marco normativo de la sustracción de menores está constituido por las siguientes normas: RBII bis<sup>8</sup>, CH 1996<sup>9</sup>, Convenio de Luxemburgo de 1980<sup>10</sup> y CH 1980<sup>11</sup>. Estas normas serán analizadas a lo largo del presente trabajo en lo referente a su aplicabilidad al “Caso Juana Rivas”, habida cuenta los elementos extranjeros presentes en el mismo y el contexto en el que se plantea este asunto<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> La distinta nacionalidad de los cónyuges y las diferencias culturales han sido señaladas como motivo de ruptura de parejas mixtas y en consecuencia, también como origen de conflictos que pueden desembocar en un secuestro internacional de menores. Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Decimoctava edición, Granada, Comares, 2018, p. 292/ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2011), Vol. 3, No 1, p 47. Muy interesante resulta la consulta de I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción Internacional de menores. Estudio Jurisprudencial y práctico*. Madrid, Dykinson, 2019, donde la autora aborda de manera exhaustiva el estudio de los casos de sustracción de menores, desde una perspectiva práctica, analizando la jurisprudencia y aportando soluciones a los problemas que suscita esta realidad.

<sup>5</sup> A este respecto, Vid. N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº29, año 2015, www.reei.org, DOI: 10.17103/reei.29.08. Igualmente, puede consultarse M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “El caso “Green Card”. Reconocimiento de resolución de familia británica en España. Sustracción internacional de menores/Reino Unido, España y Estados Unidos de América”, en A. CEBRIÁN SALVAT/ I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, p.91.

<sup>6</sup> Vid. A. DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y visitas en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *Forum Divortii* en el contexto europeo”, A. CEBRIÁN SALVAT/ I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, p.61.

<sup>7</sup> Recuérdese que Juana Rivas fue condenada por dos delitos de sustracción de menores tipificados en el art. 225 bis Código Penal. A este respecto, algún autor ha puesto de relieve que el ordenamiento jurídico español dispone de normas que regulan las distintas facetas de la sustracción de menores desde el Derecho Penal, el Derecho Civil y el Derecho Internacional Privado. Vid. I. REIG FABADO, “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº20, Julio, 2015, p.244

<sup>8</sup> Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003, p. 1).

<sup>9</sup> Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE Núm. 291, 2 diciembre 2010).

<sup>10</sup> Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. (BOE núm. 210, 1 septiembre 1984). Recuérdese que el RBII bis prevalece sobre este Convenio y lo desplaza en todos los Estados miembros del Reglamento (art.60 RBII bis).

<sup>11</sup> Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE Núm. 202, 24 agosto 1987).

<sup>12</sup> Existe otro instrumento internacional vigente en nuestro país en materia de sustracción internacional de menores, que no resulta relevante al caso analizado, cual es el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE Núm. 150, de 24 junio 1997)

9. Dicho esto, atendiendo a lo acontecido en el “Caso Juana Rivas”, cabe formular una serie de interrogantes para cuya respuesta habrá que recurrir a las normas mencionadas en el párrafo que antecede:

- 1º. Con carácter general, ¿eran competentes internacionalmente los Tribunales españoles para conocer del litigio acerca de la guarda y custodia de los hijos menores de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri?
- 2º. En caso de no ser competentes los Tribunales españoles, ¿qué Tribunales podrían resolver el litigio relativo a la guarda y custodia de los menores y conforme a qué ley? ¿Resultan competentes los Tribunales italianos?
- 3º. ¿Cuál es el procedimiento pertinente para solicitar el retorno de los hijos menores de la pareja a Italia? ¿Hubieran podido los Tribunales españoles pronunciarse sobre la demanda de guarda y custodia, una vez iniciado el procedimiento por sustracción de menores a instancias del Sr. Arcuri?
- 4º. ¿Podrían aceptarse como motivos de oposición a la restitución de los niños a Italia argumentos como los esgrimidos por la Sra. Rivas referentes al presunto maltrato del que dijo ser objeto por parte del Sr. Arcuri?

9. Todas las cuestiones anteriores serán desarrolladas a lo largo del presente trabajo, si bien, con carácter previo, parece oportuno dilucidar los supuestos en que una conducta es susceptible de ser calificada como sustracción internacional de menores.

## 2. Aproximación al concepto de sustracción internacional de menores

10. Tomando como referencia las normas de Derecho Internacional Privado aplicables en el presente caso, primeramente, cabe señalar que el art. 3 CH 1980 se refiere a traslado o retención ilícitos de un menor. Tales conductas se consideran ilícitas:

- a) Cuando hayan tenido lugar “con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”. Este derecho de custodia puede venir atribuido por ministerio de la ley o puede derivar de una resolución judicial o administrativa, o de un acuerdo en vigor conforme al Derecho de dicho Estado.
- b) En el supuesto de que este derecho se ejerciera “de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se hubiera ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.

11. En idéntico sentido se pronuncia el art. 7 CH 1996, al fijar las autoridades o tribunales competentes para conocer de un desplazamiento o retención ilícitos de un niño. De manera similar se articula el traslado o retención ilícitos en el art.2.11) RBII bis, si bien este precepto introduce una matización en su apartado b), el cual precisa que la custodia se ejerce conjuntamente en aquellos casos en que, “en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Ténganse en cuenta aquí que, no obstante lo dispuesto en el art.2.9 RBII bis, el concepto de “derechos de custodia” del Reglamento, pese a inspirarse en el art.5 CH 1980, es autónomo, propio del Derecho de la Unión Europea e independiente del Derecho de los Estados miembros. Ahora bien, para determinar la titularidad de tales derechos de custodia, el art.2.11 RBII bis en su apartado a) remite a la ley sustantiva del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Así lo entiende igualmente la jurisprudencia europea y ejemplo de ello son la STJUE (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2010 (C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582) y la STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010 (C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829). En cuanto a la doctrina, consúltese A. L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.141.

**12.** Por su parte, el art.1 del Convenio de Luxemburgo a la hora de calificar un traslado como ilícito pone el acento en las siguientes circunstancias:

- a) Que el traslado del menor tenga lugar a través de una frontera internacional.
- b) Que el traslado se produzca con infracción de una resolución relativa a la custodia del menor dictada por las autoridades de un Estado contratante y que sea ejecutoria en dicho Estado.

**13.** Asimismo, el citado precepto considera ilícito el desplazamiento del menor a través de una frontera internacional cuando no regrese al Estado en el que operase la custodia, tras “finalizar el periodo de ejercicio del derecho de visitas o al término de cualquier otra estancia de carácter temporal en territorio distinto de aquel en el que se ejerza la custodia”. Además, es ilícito y por consiguiente, queda cubierto por el mencionado Convenio de Luxemburgo, aquel traslado que hubiera tenido lugar a través de una frontera internacional, sin haberse dictado todavía por las autoridades de un Estado contratante un resolución ejecutoria respecto de la custodia del menor. En este caso, se requiere que, con posterioridad, se hubiera pronunciado en un Estado contratante y a petición de la parte interesada, una resolución ejecutoria, resolviendo acerca de la custodia de dicho menor y declarando ilícito dicho traslado<sup>14</sup>. Nótese aquí que, a diferencia de los demás textos internacionales a los que se ha hecho alusión en párrafos anteriores, el Convenio de Luxemburgo únicamente comprende los casos en que la custodia haya sido atribuida por resolución judicial, dejando fuera de su ámbito de aplicación aquellos otros en que la custodia se ostente por ministerio de la ley o de hecho<sup>15</sup>.

**14.** Al margen de las normas de Derecho Internacional Privado, el tipo penal del art.225 bis, por el que fue condenada la Sra. Rivas en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2, diferencia dos situaciones:

- a) “El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia”.
- b) “La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”<sup>16</sup>.

**15.** Por su parte, la doctrina incide en que existe un supuesto típico de sustracción o secuestro internacional de menores, en el cual pueden distinguirse dos presupuestos:

- 1º) Un progenitor que tiene a su favor un derecho de visitas respecto de sus hijos menores de edad, que, habitualmente, le ha sido atribuido por una decisión judicial dictada en un procedimiento de separación o divorcio.
- 2º) Este progenitor, valiéndose del ejercicio de este derecho, traslada al menor a otro Estado diferente del de su residencia habitual, ante cuyas autoridades solicita la custodia<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> En este punto, hay que advertir que, en cuanto al art.18 del Convenio de Luxemburgo de 1980, España formuló la reserva de que no queda vinculada por lo dispuesto en el artículo 12.

<sup>15</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno...cit”, p.46.

<sup>16</sup> A este respecto, la doctrina señala que, para valorar la concurrencia de los elementos del tipo penal del art.225 bis CP, la noción de sustracción internacional de menores no puede extraerse directamente de las normas civiles o de Derecho Internacional Privado, sino que habrá que atender a la naturaleza del bien jurídico protegido. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.153. Los citados autores fundamentan sus afirmaciones en el AAP Tarragona de 14 octubre 2009.

<sup>17</sup> Autores como CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ ponen de relieve que el Estado del traslado ilícito suele coincidir con el de la nacionalidad del progenitor infractor y no es frecuente que en estos casos los tribunales de dicho país no otorguen la custodia a sus nacionales. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.116.

16. Se trata de lo que algunos autores han denominado “secuestro legal de menores”, en tanto que lo que pretende el progenitor infractor al instar la custodia ante las autoridades del país del traslado ilícito es, justamente, legalizar esta situación.

17. No obstante, estos mismos autores, reconocen que pueden darse otras hipótesis de sustracción internacional de menores, tales como aquellas en las que, al igual que en el asunto de Juana Rivas, los dos progenitores ostentan la custodia conjunta del hijo común y uno de ellos lo traslada a un país distinto del de su residencia habitual, con la finalidad de que el otro no pueda ejercer su derecho de custodia respecto del menor. Lo mismo cabe decir de los casos en que es el progenitor que tiene atribuida la guarda del menor quien lo traslada a otro estado, impidiendo el ejercicio de visitas por el progenitor que lo ostenta<sup>18</sup>.

18. Ahora bien, al hablar de sustracción internacional de menores, desde el punto de vista subjetivo, en los últimos tiempos, ha surgido otro dato que también conviene tomar en consideración, dado que puede tener relevancia a la hora de resolver un supuesto como el de Juana Rivas. En este sentido, desde hace algunos años se viene detectando un aumento de madres que ostentan la custodia de sus hijos y que se trasladan con ellos a otro país, alegando que sufren maltrato por parte del otro progenitor y que son víctimas de la violencia de género<sup>19</sup>. Habida cuenta que la Sra. Rivas alegó ser víctima de violencia de género, se retomará el estudio de esta cuestión en un apartado posterior.

### 3. Con carácter general, ¿eran competentes internacionalmente los Tribunales españoles para conocer del litigio acerca de la guarda y custodia de los hijos menores de la Sra. Rivas. y del Sr. Arcuri?

19. Primeramente, hay que señalar que los derechos de guarda y custodia, así como de visita se engloban dentro del concepto más amplio de responsabilidad parental<sup>20</sup>, que tal como se desprende del 2.7 RBII bis abarca “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”. Además, el citado precepto remarca que dentro del término responsabilidad parental se incluyen, particularmente, los derechos de custodia y visita<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.115.

<sup>19</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.117. Los citados autores explican que, actualmente, más del 70% de los casos de secuestro de menores se llevan a cabo por la madre y cuando ésta tiene atribuida la custodia de los menores. También se ha señalado que buena parte de esas mujeres son víctimas de violencia de género que huyen de su agresor. Vid. M. J. CAÑADAS LORENZO, “La incidencia de la Violencia de Género en la sustracción internacional de menores” (Ponencia presentada por la Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer en el VII Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género: Madrid, 18 y 19 de octubre de 2018), recuperado en [http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=718a60d810c96610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=a64e3da6cbe0a210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es\\_ES](http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=718a60d810c96610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=a64e3da6cbe0a210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES). En el mismo sentido, puede consultarse, I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2018), Vol. 10, No 1, p. 611. El cariz que viene tomando este tema ha derivado en la introducción de enmiendas relativas a la violencia de género o doméstica en los considerando 17 y 18 por la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición). Así lo indica C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, No 2, p. 622.

<sup>20</sup> Tras la reforma efectuada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, 29 julio 2015), se ha incorporado el término responsabilidad parental a nuestra normativa de producción interna. Sirvan de ejemplo los arts.9.4, y 154 Cc, entre otros.

<sup>21</sup> El TJUE ha venido interpretando el concepto de responsabilidad parental de manera amplia, señalando que la lista de materias que enumera el art.2.1 RBI II bis no es exhaustiva, sino “meramente indicativa”, como se deduce del uso de la expresión “en particular”. En este sentido, pueden consultarse las siguientes resoluciones del TJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de noviembre de 2007 (C435/06, ECLI: EU:C:2007), Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de

**20.** En la misma línea, el art. 1.2 CH 1996 establece que la noción de responsabilidad parental comprende “la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”. Igualmente, el art. 3, entre las medidas cubiertas por el Convenio, contempla “la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación”, el derecho de guarda, así como el derecho de visita, introduciendo “el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual”.

**21.** En segundo término, conviene establecer el orden de prevalencia de los diferentes instrumentos normativos en vigor en nuestro país para determinar la competencia internacional de los tribunales y autoridades españolas en materia de responsabilidad parental. Concretamente, al respecto, en España se encuentran vigentes las siguientes normas: RBII bis, CH 1996 y el art.22 *quáter* LOPJ. En este punto, hay que atender a los siguientes criterios para determinar cuál de estos textos legales resulta aplicable, atendiendo al lugar de residencia habitual del menor<sup>22</sup>:

- a) Si el menor reside habitualmente en un Estado miembro del RBII bis opera dicho Reglamento y ello, con preferencia al CH 1996 (art.61 RBII bis) y al art.22 *quáter* LOPJ. Aquí, cabe puntualizar que el RBII bis se refiere a menores de edad, sin precisar si la minoría de edad se establece a una edad concreta, como pudieran ser los dieciocho años de edad. Por tanto, lo más lógico sería entender que, a los efectos del RBII bis, la mayoría de edad dependerá de lo previsto en la ley personal del sujeto, que en España se fija conforme al art.9.1 Cc.
- b) Cuando el menor no resida habitualmente en un Estado miembro, pero haya fijado su residencia habitual en un Estado parte del CH 1996, resultará de aplicación el CH 1996. Al contrario que el RBII bis, el art. 2 del Convenio indica que el mismo se aplica a los niños desde su nacimiento y hasta alcanzar la edad de dieciocho años.
- c) En el supuesto de que el menor no resida habitualmente ni en un Estado miembro del RBII bis ni en un Estado parte del CH 1996, la competencia internacional se fija a través del CH 1996. No obstante, hay que llamar la atención sobre lo dispuesto en el art.12.4 RBII bis, toda vez que permite aplicar este foro a un menor con residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del CH 1996, en beneficio del menor y particularmente, cuando no resulte posible incoar un procedimiento en el tercer Estado en cuestión.
- d) Por último, el art.22 *quáter* LOPJ entra en juego con carácter residual, en aquellos supuestos en que no opera ni el RBII bis ni el CH 1996. O lo que es lo mismo, cuando se trate de un mayor de dieciocho años (art.2 CH 1996), pero, menor de edad conforme a su ley personal (art.9.1 Cc), y no residente en un Estado miembro.

**22.** Además de lo anterior, cabe señalar que cuando resulte aplicable el RBII bis y no sea posible deducir la competencia internacional de ninguna autoridad de ningún Estado miembro, los tribunales y autoridades españoles han de acudir al CH 1996. Sólo en el caso de que éste no atribuya competencia a los tribunales españoles, operará el art.22 *quáter* LOPJ (art.14 RBII bis). Si tampoco dispusiesen de competencia con arreglo al 22 *quáter* LOPJ, las autoridades y tribunales españoles deberán declararse de oficio incompetentes internacionalmente<sup>23</sup>.

**23.** En atención a lo expuesto, resulta claro que en el “Caso Juana Rivas”, para conocer de la demanda de guarda y custodia de los hijos menores de la pareja, los juzgados y tribunales españoles deberían deducir su competencia internacional a través de los foros del RBII bis. El Reglamento establece

26 de abril de 2012 (C92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255) y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de octubre de 2015 (C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710).

<sup>22</sup> A este respecto, se ha tenido en cuenta lo dispuesto en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XV: Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, 2019, p.390.

<sup>23</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p. 432.



como regla general, en su art.8, que, en materia de responsabilidad parental, son competentes internacionalmente los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento de presentación del asunto ante dichas autoridades. Ello, con dos excepciones, en las cuales los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual anterior mantienen su competencia:

- 1<sup>a</sup> En los supuestos de cambio de residencia legal de un Estado miembro a otro, el Estado miembro de la residencia precedente del menor conservará su competencia para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que hubiera cambiado de residencia, con las condiciones del art.9 RBII bis.
- 2<sup>a</sup> Cuando se haya producido una sustracción internacional de menores entre Estados miembros (art.10 RBIIbis)<sup>24</sup>.

**24.** Ahora bien, ante asuntos como el de Juana Rivas, surge la duda de qué debe entenderse por “residencia habitual” y cuáles son las notas a las que han de atender los tribunales y autoridades para fijar dicho concepto y diferenciarlo de una simple presencia temporal. En este sentido, ninguno de los instrumentos internacionales aplicables a la situación recogen una definición de “residencia habitual”<sup>25</sup>. No obstante, en el ámbito del RBII bis, esta laguna<sup>26</sup> ha sido integrada por el TJUE, que ha establecido que, a los efectos de la aplicación del art.8 RBII bis y en la línea de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la residencia habitual se corresponde con el “lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”, dado que del término habitual se desprende “cierta regularidad o estabilidad en la residencia”. El propio TJUE ha concretado una serie de parámetros que han de tomarse en consideración por el órgano jurisdiccional nacional en el momento de determinar el lugar de la residencia habitual de un menor, de los cuales se infiere que, si bien se requiere la presencia física del menor en un Estado miembro, no se trata de una presencia ocasional o temporal. Entre tales factores destacan “las condiciones y razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro, así como su nacionalidad”. En otros casos, el TJUE ha atendido a “la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y en su caso, del traslado de la madre a este último Estado. Igualmente, se han de contemplar “la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, junto con las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Sobre este particular, obsérvese lo dispuesto en el Considerando número 12 RBII bis: “Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental”. Igualmente, la doctrina sostiene que son las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor las que se encuentran mejor situadas para dar una rápida respuesta a las reclamaciones relativas a la responsabilidad parental, así como que el foro del art.8 RBII bis “desincentiva el traslado internacional ilícito del menor”. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XV: Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio...cit.*, p.393. En definitiva, se manifiesta que este foro “fomenta la buena administración de justicia” y en tal sentido, Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en M.A. CEBRIÁN E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, p.312,

<sup>25</sup> La realidad es que este vacío legal está siendo integrado por la jurisprudencia de distintos órganos jurisdiccionales, particularmente, cuando han de resolver supuestos de sustracción internacional de menores. Así lo indica también, I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, No 1, p.829.

<sup>26</sup> Entiende CARRASCOSA GONZÁLEZ que, además de una laguna, cabe entender que el legislador europeo podría haber incurrido en un error, en tanto que no ha sabido precisar el concepto legal de residencia habitual. El citado autor valora asimismo la posibilidad de que el legislador conscientemente no haya definido este concepto, con la intención de que sean los tribunales los que lo desarrollen, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual...cit”, p.315.

<sup>27</sup> Vid., ente otras resoluciones, STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010 (C- 497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829), STJUE (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017 (C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118), ATJUE (Sala Primera) de 10 de abril de 2018 (C-85/18, PPU – CV, ECLI:EU:C:2018:220) y STJUE (Sala Primera) de 17 de octubre de 2018 (C393/18 PPU,

25. De la misma manera, el TJUE ha entendido que la voluntad de uno de los progenitores de convivir con el menor en el Estado miembro del que es nacional dicho progenitor no puede resultar decisiva a la hora de precisar donde se sitúa la residencia habitual del menor en el momento de presentación de la demanda. Más aún, si la titularidad de la guardia y custodia del menor la ostentan ambos progenitores, supuesto en el cual debe valorarse la intención de éstos por separado<sup>28</sup>.

26. Luego, a la vista de las anteriores consideraciones, resulta claro que, con carácter general y sin entrar a valorar la cuestión del traslado y retención ilícitos de los menores, los tribunales españoles no disponían conforme al art.8 RBII bis de competencia judicial internacional para conocer de las pretensiones de la Sra. Rivas referentes a la guardia y custodia de sus hijos<sup>29</sup>.

27. Tampoco podría acudir al foro del art.13 RBII bis, que basa la competencia internacional en la presencia del menor en un Estado miembro, habida cuenta que para que entre en juego el citado precepto se requiere que no pueda determinarse la residencia habitual del menor y que no sea posible determinar la competencia sobre la base del art.12. Resulta obvio que en el “Caso Juana Rivas” no se dan los presupuestos del art.12 y como a continuación se expondrá, debe entenderse que la residencia habitual de los hijos menores se encontraba en Italia en el momento de interposición de la reclamación relativa a la guarda y custodia.

#### 4. ¿Qué Tribunales podrían resolver el litigio relativo a la guarda y custodia de los menores y conforme a qué ley? ¿Resultan competentes los Tribunales italianos?

28. Habiendo determinado que, haciendo abstracción de la sustracción internacional de menores, en el “Caso Juana Rivas” la competencia judicial internacional no recae sobre los órganos jurisdiccionales y autoridades españolas, procede establecer los tribunales internacionalmente competentes para establecer a quién corresponde la guarda y custodia de los dos hijos de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri. Asimismo, cabe cuestionarse si dicha competencia concierne a los órganos jurisdiccionales italianos.

29. Recuérdese aquí que el art.8 RBII bis establece la competencia general en materia de responsabilidad parental, atribuyendo competencia internacional en estos casos a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor al tiempo de presentar el asunto ante tales órganos jurisdiccionales. A este respecto, trayendo a colación los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE antes analizada y atendiendo a las circunstancias que rodean el “Caso Juana

---

ECLI:EU:C:2018:8359). En este punto, debe indicarse que la “residencia habitual” es un concepto “ficticio” o “de hecho”, tal y como se recoge en la STJUE (Sala Quinta) de 8 junio 2017 (C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436). El estudio de la cuestión puede ampliarse consultando, I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, No 1, p.830, donde la autora aborda el tema analizando exhaustivamente la jurisprudencia europea, española e italiana.

Por otra parte, un sector doctrinal sostiene que hay que examinar también conceptos jurídicos o mixtos, con la finalidad de armonizar un concepto de hecho como el de la residencia habitual con otros vínculos igualmente relevantes, en interés de los menores. Vid. F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68 (2016), 2, p. 342.

<sup>28</sup> Véase la STJUE (Sala Quinta) de 28 de junio de 2018 (C512/17, ECLI:EU:C:2018:513).

<sup>29</sup> Recuérdese aquí que la Sra. Rivas interpuso en España denuncia por violencia de género contra su pareja, al mismo tiempo que solicitó la guarda y custodia de sus hijos menores. En lo referente a esta cuestión, debe indicarse que, en el orden penal, para la instrucción o conocimiento de este tipo de causas son competentes territorialmente los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima (art. 15 bis LECr. en relación con el art.87.ter.1 LOPJ). Dichos juzgados son igualmente competentes en el orden civil para el enjuiciamiento de los asuntos que versen sobre la guarda y custodia de hijos e hijas menores vinculados a tales procedimientos. Ahora bien, al margen de que, en cuanto a la competencia judicial internacional, el Considerando 7 RBII bis dispone que el citado Reglamento se aplica a las materias civiles, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional, no debe desconocerse que en el “Caso Juana Rivas”, no se cumplen ninguno de los requisitos del art.23.4.I LOPJ para que pueda conocer el asunto la jurisdicción española en el orden penal.

Rivas”, lo lógico es concluir que la residencia habitual de los menores se encontraba en el momento de la reclamación en Italia. Ciertamente, no cabe duda que es este país donde los niños se encontraban perfectamente integrados y en el cual se situaba su centro social y familiar. No se olvide que, en el momento en que la Sra. Rivas solicitó su guarda y custodia, los menores llevaban pocos meses en España, donde, además, habían venido a pasar las vacaciones con la familia materna. De todo ello se deduce que no existe la regularidad o estabilidad que exige la jurisprudencia europea al definir la noción de la residencia habitual.

**30.** En consecuencia, la competencia judicial internacional para resolver el litigio relativo a la guarda y custodia de los hijos de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri correspondería a los tribunales italianos, en virtud del art.8 RBII bis, dado que es en Italia donde se considera que los niños tenían su residencia habitual cuando la madre formuló la reclamación. Es, pues, este foro el que fundamenta la competencia judicial internacional del Tribunal de Cagliari para conocer de la controversia y finalmente, fallar a favor del padre. En epígrafes posteriores se analizará con más detalle esta cuestión, teniendo en cuenta que el procedimiento trae causa de un supuesto de sustracción internacional de menores.

**31.** Atendiendo a lo que antecede, los tribunales españoles habrían de haberse declarado de oficio incompetentes para decidir acerca de la guarda y custodia de los niños, conforme a lo dispuesto en el art.17 RBII bis, toda vez que no dispondrían de ningún foro que les otorgase competencia internacional con arreglo al Reglamento y que en su virtud, la competencia correspondería a los tribunales italianos.

**32.** Después de haber fijado la competencia judicial internacional, cabe cuestionarse qué ley habrán aplicado los tribunales italianos para establecer los derechos de guardia y custodia y en su caso, el derecho de visitas, respecto de los dos hijos menores de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri. A tal fin, los tribunales italianos habrán tenido que acudir al CH 1996, vigente en Italia y que, dado su carácter universal y eficacia *erga omnes*, resulta de aplicación en dicho país con preferencia a sus normas de conflicto de producción interna en materia de responsabilidad parental. Tratándose de medidas de protección solicitadas que deben ser acordadas por una autoridad judicial, el Convenio remite al art. 15.1, que incorpora la máxima *lex fori in foro proprio*. Es decir, el mencionado artículo recoge una regla general, que dispone que las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley cuando resulten internacionalmente competentes de conformidad con las disposiciones del Capítulo II.

**33.** En este punto, conviene realizar una serie de puntualizaciones:

- a) Del tenor literal del art.15.1 CH 1996 parece desprenderse que para que opere la norma de conflicto convencional la competencia internacional ha debido de determinarse con arreglo a los foros del Capítulo II del propio Convenio.
- b) En el caso analizado la competencia judicial internacional de los Tribunales italianos no se ha establecido en virtud de los foros del CH 1996, sino con arreglo al art.8 RBII bis, dado que este texto legal se aplica con preferencia al Convenio cuando los menores residen en un Estado miembro (art.61 RBII bis).
- c) Podría, por tanto, plantearse la duda de si los tribunales italianos deberían fijar la ley aplicable a la guarda y custodia de los niños teniendo en cuenta lo previsto en sus normas de conflicto de producción interna.
- d) La doctrina española ante hipótesis de este tipo, defiende que, dado que el RBII bis contempla un foro de competencia judicial internacional equivalente al del CH 1996, nada impide al Tribunal que ha determinado su competencia conforme al art.8 del Reglamento aplicar las normas de conflicto previstas en el citado Convenio. En este sentido, argumentan que esta solución es acorde con el "espíritu conflictual" del Convenio, puesto que conduce a la aplicación del Derecho material del Estado contratante cuyas autoridades resultan competentes

en virtud de uno de los foros previstos en la propia norma convencional, cual es el de la residencia habitual del menor, incorporado en el art. 5.1 CH 1996<sup>30</sup>.

34. Por consiguiente, en el “Caso Juana Rivas”, el art.15.1 CH 1996 remite al Derecho sustantivo italiano, que habrá tenido que ser aplicado por el Tribunal de Cagliari al dar respuesta a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental. *Más adelante, se explicará el contenido del Derecho italiano en lo referente a esta cuestión.*

## 5. ¿Cuál es el procedimiento pertinente para solicitar el retorno de los hijos menores de la pareja a Italia? ¿Hubieran podido los Tribunales españoles pronunciarse sobre la demanda de guarda y custodia, una vez iniciado el procedimiento por sustracción de menores a instancias del Sr. Arcuri?

35. En relación con esta cuestión y por lo que respecta a los procedimientos civiles, principalmente, hay que hacer referencia a la regulación establecida por el CH 1980 y por el RBII bis<sup>31</sup>. Junto a ello, en nuestro país, siempre que resulten aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, el proceso se regirá por las reglas del Capítulo IV bis del Título I, Libro IV de la LEC (arts.778. *quáter* a 778. *sexies*), cuya rúbrica reza “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”. No obstante, el procedimiento de la LEC no opera cuando el menor proceda “de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional”<sup>32</sup>.

### A. Sustracción internacional de menores y sistema del CH 1980

36. Con carácter previo, parece oportuno explicar algunos aspectos sustanciales de los instrumentos vigentes en nuestro país en lo relativo a la sustracción internacional de menores. Así, hay que comenzar explicando que el CH 1980, que opera inter partes, se basa en un sistema de cooperación a través de autoridades centrales, al mismo tiempo que incorpora una acción directa para la restitución inmediata de un menor de dieciséis años, residente habitualmente en un Estado contratante y que ha sido trasladado o se encuentra retenido de forma ilícita en otro Estado parte del Convenio<sup>33</sup>. En virtud de esta acción, el menor ha de ser restituido inmediatamente al país de su residencia habitual anterior al traslado o retención ilícitos (arts.1, 4 en relación con los arts. 8 y ss. CH1980).

37. Ahora bien, aunque la regla anterior es el criterio general, el CH 1980 introduce algunas excepciones, facultando a las autoridades competentes para no decretar el retorno del menor cuando ello perjudique su superior interés. Ello, siempre que concurren algunas de las causas determinadas en los arts. 12, 13 y 20<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p. 439. Con cita de los mencionados autores, esta tesis fue asumida por la SAP Zaragoza (Secc.2<sup>a</sup>) de 20 de abril de 2012 (ECLI:ES:APZ:2012:1015).

<sup>31</sup> No se analizarán otros instrumentos, tales como el Convenio de Luxemburgo de 1980, habida cuenta la primacía del RBII bis en el supuesto que se plantea (art.60 RBII bis).

<sup>32</sup> Para mayor información, entre otras obras, consúltese A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, pp.567-570, C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Vol.2, Colección Derecho y Letras, Murcia, 2019, pp.587-605, I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión europea...cit”, p.610-619, y F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores...cit”, pp. 337-346.

<sup>33</sup> Debe observarse que el mecanismo del CH 1980 funciona de manera complementaria con otros instrumentos legales, tales como el RBII bis, en los supuestos de sustracción transfronteriza entre Estados miembros, y el CH 1996, siempre que se trate de Estados contratantes. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.151, donde los citados autores también se refieren a las relaciones de complementariedad entre el CH 1980 y el Convenio de Luxemburgo 1980, y I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión europea...cit”, p.613.

<sup>34</sup> Sobre las causas tasadas previstas en el CH 1980 para no ordenar la inmediata restitución del menor, se ha puesto de manifiesto que otorgan al juez una notable discrecionalidad, así como que se corre el riesgo de menoscabar el interés del propio

**38.** Respecto del art.12 CH 1980, hay que hacer notar que fija en un año el parámetro de integración del menor en el Estado de la residencia posterior al traslado ilícito, diferenciando los casos en que haya transcurrido un periodo inferior a este tiempo desde dicho traslado de aquellos otros en los que el plazo sea superior a un año<sup>35</sup>. En ambos casos, la autoridad competente ordenará la restitución del niño, pero pasado un año, cabe formular oposición, acreditando que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Aquí, algún autor ha puesto de manifiesto que el menor ha podido integrarse con anterioridad al transcurso de ese año desde que tiene lugar la sustracción, motivo por el cual, se defiende que habrá que ponderar las circunstancias presentes en cada caso concreto<sup>36</sup>.

**39.** En cuanto al art.13 CH 1980, autoriza a las autoridades del país del lugar donde se encuentra el menor a no ordenar la restitución en los siguientes casos:

- a) Cuando la custodia no se ejerciera de modo efectivo en el momento en que el menor fue trasladado o retenido.
- b) Cuando el traslado o retención haya sido consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.
- c) Cuando exista “un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” (art.13.b). El estudio de esta causa se llevará a cabo con más detenimiento en otro apartado del presente trabajo.
- d) Cuando el propio menor se oponga a la restitución, si tiene una edad o grado de madurez que permita tener en cuenta sus opiniones.

**40.** Por su parte, el art.20 CH 1980 también faculta para denegar la restitución del menor en el supuesto de que no la “permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

**41.** En este orden de cosas, debe tenerse muy presente que el art.16 CH 1980 establece lo que se ha denominado “regla de competencia judicial negativa”<sup>37</sup>, en cuya virtud, no se permite conocer sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia a las autoridades del Estado contratante al que ha sido trasladado el menor o donde se encuentre retenido. Ello, desde el mismo momento en que dichas autoridades hayan tenido conocimiento de los hechos y hasta que se hayan resuelto que no concurren los presupuestos para la restitución del menor o en su caso, hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud de restitución<sup>38</sup>. De aquí se desprende que el Convenio diferencia entre el proceso de restitución del menor ilegalmente trasladado o retenido en un Estado contratante de aquel otro en el que deba dilucidarse las cuestiones propias de los derechos de custodia, respecto del cual, el CH 1980 no incorpora ninguna disposición<sup>39</sup>.

---

menor, de apartarse de los propósitos del Convenio, motivo por el cual, han de ser de interpretación restrictiva. A este respecto, Vid. I. REIG FABÁ, “El retorno inmediato del menor...cit”, p.250.

<sup>35</sup> Algún autor ha indicado que la integración del menor en el Estado contratante donde ha sido trasladado o donde está detenido de forma ilícita ha de valorarse al tiempo de interposición de la demanda, no en la fecha de la resolución que pone fin al proceso. Vid. . F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores...cit”, p.346.

<sup>36</sup> Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles...cit”, p.831.

<sup>37</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, pp.445 y 446 y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo...cit”, p.593.

<sup>38</sup> Acerca de la interpretación del art.16 CH 1980, resulta muy ilustrativa la STS (Sala de lo Civil, Sec.1<sup>a</sup>) de 22 de junio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998: 4153). Esta sentencia establece que una resolución dictada por las autoridades o tribunales del Estado del traslado o retención ilícitos sobre el fondo de los derechos de custodia, contraria a otra emitida en el país de la residencia habitual anterior del menor, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante de la restitución. Ello, en tanto en cuanto haría inviable la ejecución de medida de restitución. La citada STS ha sido analizada con más detalle en C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo...cit”, pp.595 y 596.

<sup>39</sup> Así lo indican C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo...cit”, p.592. y I. REIG FABÁ, “El retorno inmediato del menor...cit”, p.246.

42. En cuanto al sistema del CH 1980, se ha puesto en evidencia que no otorga el amparo debido a supuestos en los que, como sucede en el “Caso Juana Rivas”, no se ha vulnerado el derecho de custodia de un progenitor por el otro progenitor no custodio, habida cuenta que la pareja no se encuentra separada legalmente ni divorciada y en consecuencia, ambos progenitores son titulares de la custodia de los menores en el momento en que uno de ellos se marcha a otro país con los hijos, razonando que existe riesgo para los menores de permanecer con el otro progenitor. A este respecto, un sector doctrinal argumenta que el Convenio no es capaz de dar una respuesta eficaz a casos como el enunciado, que cada día resultan más frecuentes, y por consiguiente se ha quedado anticuado<sup>40</sup>.

## B. Régimen de la sustracción internacional de menores en el RBII bis

43. El RBII bis incorpora, asimismo, una regulación de la sustracción internacional de menores que cubre los supuestos de traslado o retención ilícitos que tienen lugar entre Estados miembros del Reglamento. Es decir, este régimen opera, con preferencia al del CH 1980, cuando el menor haya sido “trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que (...) tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos” (art.11.1 RBII bis). A tal fin, contempla tres mecanismos cuyo objeto es la restitución del menor<sup>41</sup>:

- 1º) Acción directa de restitución (art.11, párrafos 2 a 5 RBII bis): Ha de ejercitarse ante las autoridades del Estado miembro en donde haya sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, conforme a las reglas del CH 1980, si bien con algunas matizaciones<sup>42</sup>. De ahí que autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González se refieran a esta acción como “mecanismo de La Haya alterado”<sup>43</sup>.
- 2º) Demanda en reclamación de los derechos de custodia<sup>44</sup> y solicitud de una orden de restitución en el Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícitos (art.11, párrafos 6-8 RBII bis en relación con los arts.40.1.b) y 42 RBII bis): Opera únicamente en el caso de no haberse otorgado la restitución del menor mediante la acción directa a la que se ha aludido en el párrafo anterior y no puede accionarse sin el previo ejercicio de dicha acción directa. Ante esta hipótesis, las autoridades del Estado miembro donde se encuentra el menor darán traslado de toda la documentación a las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual anterior, tras lo cual, es posible iniciar un procedimiento de guarda y custodia en dicho país. De atribuirse la custodia al progenitor no infractor, cabría solicitar una orden de restitución del menor al Estado miembro de su

<sup>40</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.139. En cuanto a las posibles deficiencias del CH 1980 que precisan de mejora, Vid. F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores...cit”, pp. 338-339.

<sup>41</sup> Para la explicación de la cuestión se ha recurrido a la siguiente obra: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XV: Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio...cit.*, pp. 411-415.

<sup>42</sup> En este punto, cabe traer a colación la propuesta de reforma del RBII bis, que contempla varias modificaciones, con la finalidad de “aumentar la eficacia y mejorar el funcionamiento del mecanismo de prevalencia”. Sobre este particular, dado que la mayor parte de los Estados miembros consideran que se tramitan con mayor celeridad los casos cubiertos por el CH 1980, se propone que la duración total del procedimiento de restitución del menor no exceda de 16 semanas (actualmente, el tiempo medio es de 165 días). Vid. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre sustracción internacional de menores (refundición), recuperado en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-411-ES-F1-1-PDF> (consultado el 9-12-2019).

<sup>43</sup> A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XV: Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio...cit.*, p. 412.

<sup>44</sup> La propuesta de reforma del RBII bis impone a las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del menor previa al traslado o retención ilícitos la obligación de realizar un completo análisis del interés del menor, con anterioridad a dictar una resolución acerca de la custodia que comporte la restitución del niño. Asimismo, prevé que se de audiencia al menor, cuando tenga suficiente juicio. Vid. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre sustracción internacional de menores (refundición), recuperado en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-411-ES-F1-1-PDF>.

residencia habitual previa, que será ejecutada, sin que sea necesario el *exequátur*, en el otro Estado miembro.

- 3º) Demanda en reclamación de los derechos de custodia ante los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícitos y solicitud posterior de *exequátur* (arts.28-36 RBII bis): En estos supuestos se puede iniciar directamente el procedimiento, sin necesidad de ningún trámite previo, ante las autoridades del Estado miembro donde se situaba la residencia habitual del menor, instando la atribución de la custodia o la restitución del menor a dicho Estado. Ahora bien, la resolución que se dicte debe obtener el *exequátur* en el Estado miembro del traslado o retención ilícitos para hacer efectivo el regreso del menor al Estado de su residencia habitual precedente<sup>45</sup>.

44. A la vista de las consideraciones anteriores, resulta obvio que lo que no pueden hacer las autoridades del Estado miembro en el que el menor se encuentra trasladado o retenido es entrar a conocer de un litigio sobre los derechos de custodia, ya que carecen de competencia internacional conforme a lo dispuesto en el art.10 RBII bis. En efecto, en los supuestos de sustracción internacional de menores, el citado artículo dispone que “los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro”, con dos salvedades:

- a) Que se trate de un traslado o retención consentidos por el titular del derecho de custodia.
- b) Que el menor haya residido en el otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento de su paradero y que se encuentre integrado en dicho Estado, con las condiciones del apartado b) <sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Acerca de la interpretación del sistema del RBII bis, Vid. STJUE ( Sala Tercera) de 11 de julio de 2008 (C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:406), en la cual el Tribunal dictaminó que, cuando el procedimiento se refiera a una resolución certificada con arreglo a los artículos 11, apartado 8, y 40 a 42 del RBII bis, “no se permite la oposición al reconocimiento de la resolución de restitución y al órgano jurisdiccional requerido le incumbe únicamente constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y disponer la restitución inmediata del menor”. Igualmente importantes resulta la STJUE ( Sala Tercera) de 1 de julio de 2019 (C-211/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:400), cuya parte dispositiva dispone: “El artículo 11, apartado 8, del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución del órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, aun cuando no esté precedida de una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor”. Consúltense, asimismo, SSTJUE (Sala Primera) de 19 de septiembre de 2018 (Asuntos acumulados C-235/18 PPU y C-375/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:739), que falló que el art. 33.1 RBII bis en relación con el art. 47 CDFUE ha de interpretarse que “se opone a la ejecución de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ordena el sometimiento a tutela y la restitución de menores y que ha sido declarada ejecutiva en el Estado miembro requerido, antes de la notificación de la declaración de ejecutoriedad de dicha resolución a los progenitores afectados”.

En nuestro país, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre este asunto, sirva de ejemplo la STS (Sala de lo Civil, Secc.1ª) de 17 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:10945<sup>a</sup>), en la cual el Alto Tribunal deja bien sentado que los arts.40 y 42 RBII bis no autorizan a los tribunales del Estado miembro requerido a llevar a cabo una revisión sobre el fondo de un litigio resuelto por los tribunales de otro Estado miembro. Esta sentencia ha sido comentado más profundamente por C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo...cit”, pp.596-600. En dicha obra (pp.600-605), la citada autora explica igualmente el fallo de la STS (Sala de lo Civil, Secc.1ª) de 19 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:208:2832), el cual concluye que, en ausencia de mecanismo de restitución, el reconocimiento de la resolución dictada sobre el fondo del asunto por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de origen se llevará a cabo según lo previsto en el art.23 RBII bis y en consecuencia, los tribunales del Estado miembro requerido pueden valorar los motivos de denegación que contempla dicho precepto.

<sup>46</sup> Las condiciones a las que se refiere el art.10.b) RBII bis son las siguientes:

- “i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,
- ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),
- iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

45. En consecuencia, la competencia judicial internacional para resolver el litigio sobre los derechos de custodia del menor recae sobre los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual previa a la sustracción (art.8 RBII bis)<sup>47</sup>. Esta previsión, en tanto que no favorece al progenitor infractor, tiene carácter preventivo y produce un efecto disuasorio respecto de los secuestros transfronterizos, garantizando el respeto a los derechos de custodia en todos los Estados miembros del Reglamento. A esto se añade que, como se ha puesto de relieve a lo largo del presente trabajo, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor los que se encuentran en mejor situación para conocer de cualquier pretensión relativa a la responsabilidad parental, más aún en supuestos tan sensibles como el traslado y retención ilícitos de un menor.

46. El RBII bis también protege el derecho de visitas del progenitor no custodio a través de las normas de la Sección IV del Capítulo II, que, en síntesis, establecen que una resolución ejecutiva sobre el derecho de visitas dictada en un Estado miembro ha de ser reconocida y se le debe otorgar fuerza ejecutiva en otro Estado miembro, sin necesidad de *exequátur*.

### C. Algunas consideraciones en relación con el proceso de sustracción internacional de menores seguido ante la jurisdicción civil en España

47. En el “Caso Juana Rivas”, en el marco del procedimiento civil, los tribunales españoles ordenaron la restitución de los hijos menores de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri a Italia, país donde nuestras autoridades determinaron que los niños tenían su residencia habitual con anterioridad al traslado y posterior retención ilícita (Sentencia dictada en autos de Restitución/ Retorno de Menores/ Sustracción Internacional no 1442/2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada, confirmada por la SAP Granada de 21 abril 2017 )<sup>48</sup>.

48. Los tribunales españoles no se pronunciaron sobre el fondo de los derechos de custodia, habida cuenta que no disponían de competencia internacional, atendiendo a lo dispuesto en el art.10 RBII bis. Por el contrario, fueron los tribunales italianos los que conocieron de la demanda de custodia formulada por el Sr. Arcuri, en tanto que el art.10 en relación con el art.8 RBII bis les otorgaba competencia judicial internacional a tal fin<sup>49</sup>. Aquí, cabe indicar que la Sentencia dictada por los tribunales italianos, concretamente, por el Tribunal de Cagliari, atribuye al Sr. Arcuri el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja, de cinco y doce años de edad. La eficacia en España de dicha resolución dependerá de que obtenga el *exequátur* en nuestro país (arts.28-36 RBII bis).

49. En los siguientes epígrafes se llevará a cabo un estudio más detallado de los motivos por los cuales la Sra. Rivas se opone a la restitución de los menores a Italia, en especial, por en lo referente al art.13.b) CH 1980. No obstante, en este momento, parece oportuno comentar algunos aspectos relevantes de la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada. Así, primeramente, la Sala deja bien sentado que la residencia habitual de los menores se sitúa en Italia, desde el año 2013, incidiendo en que el hijo menor reside en dicho país desde su nacimiento. Entiende, por tanto el Tribunal que los niños se encuentran sujetos, tanto a las normas italianas como a las de Derecho internacional, que la Sala ciñe al Tratado de Roma, en lo que afecta a la resolución del caso.

---

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

<sup>47</sup> Igualmente, la competencia se puede fijar, en su caso, con arreglo a los arts.12,13, 14 y 15 RBII bis. Así lo entienden también A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.145.

<sup>48</sup> Como ya se ha explicado, la SAP Granada de 21 abril 2017 (ECLI: ES:APGR:2017:486 ) confirmó la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada en los autos de Restitución/ Retorno de Menores/ Sustracción Internacional no 1442/2016, por la cual se acordaba la inmediata restitución de los menores al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, en ese caso, Italia.

<sup>49</sup> Trib. Cagliari, 21 marzo 2019.



**50.** De otro lado, para fundamentar que la residencia habitual de los menores se encuentra en Italia, la Audiencia Provincial argumenta que es en ese país donde, además, reside el padre de los niños y donde éstos están escolarizados. El Tribunal aprecia la ilicitud del traslado al recriminar a la Sra. Rivas que haya utilizado la vía de hecho, aprovechando unas vacaciones en España, para desplazar a sus hijos a nuestro país, “tomándose la justicia por su mano”. En este punto, la Sala también reprocha a la apelante que no haga alusión a la competencia de los tribunales italianos, toda vez que allí residían los menores cuando los trasladó a España de forma ilícita.

**51.** Igualmente, la Audiencia Provincial de Granada analiza la concurrencia de los presupuestos de la acción de restitución inmediata, en los términos del CH 1980 en relación con el art.11 RBII bis, y establece que no ha transcurrido un año desde el traslado ilícito de los menores, motivo por el cual no es posible entrar en la valoración de la integración de los niños en nuestro país, dado que esta circunstancia va unida al transcurso del periodo de un año, que, como se ha mencionado, no se ha superado. Sí que examina la Sala la causa de oposición a la restitución del art.13.b) CH 1980, que, más adelante, se desarrollará. El Tribunal recuerda, no obstante, que la resolución sobre la restitución no puede afectar a la cuestión de fondo de los derechos de custodia (art.19 CH 1980). En realidad, el Tribunal está exponiendo que, dado que se trata de una sustracción “intra” Unión Europea, ha de aplicar el RBII bis (art.11) con preferencia al CH 1980, si bien, la acción de restitución se rige por lo dispuesto en el CH 1980 con algunas alteraciones (“mecanismo de La Haya alterado”).

**52.** Muy interesantes resultan los razonamientos de la Audiencia en lo referente al derecho a la vida familiar del art.8 CEDH, con cita de jurisprudencia del TEDH, debido a que concluye que los actos tendentes a impedir que los progenitores se relacionen con sus hijos constituyen una violación del art.8 CEDH.

**53.** Ahora bien, llama la atención que el Tribunal sustente los argumentos vertidos en el Fundamento de Derecho Segundo, en su mayor parte, en los preceptos del CH 1996, excepción hecha a una breve referencia al RBII bis. Ello, por cuanto, como se ha explicado al inicio del presente trabajo, el Reglamento resulta de aplicación preferente al Convenio en virtud del art.60 RBII bis.

**54.** Por lo demás, argumenta la Sala que en la resolución de supuestos como el de autos ha de tomarse especialmente en consideración el principio del interés del menor, de conformidad con lo previsto en el Convenio de los Derechos del Niño, en el art.39 CE y en la LOPJM.

## **6. ¿Podrían aceptarse como motivos de oposición a la restitución de los niños a Italia argumentos como los esgrimidos por la Sra. Rivas referentes al presunto maltrato del que dijo ser objeto por parte del Sr. Arcuri?**

**55.** Primeramente, cabe recordar que la acción de restitución del CH 1980 se basa en el principio del interés del menor, que se sitúa en su derecho a no ser desplazado de su residencia habitual. Sin embargo, la excepción del art.13. b) CH 1980 hace decaer ese derecho frente a otro más básico, cual es el derecho del menor a no estar expuesto a un grave peligro físico o psíquico, o colocado en una situación intolerable<sup>50</sup>. Ambas expectativas se conjugan en mayor medida a través del art.11.4 RBII bis, que modula o corrige el mecanismo del CH 1980. Así, el citado precepto prohíbe a las autoridades competentes la denegación de la restitución del menor con fundamento en el art.13.b) CH 1980, si se acredita que se han adoptado “medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.7, recuperado en <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>.

<sup>51</sup> Un sector doctrinal indica que el RBII bis trata de prevenir que la aplicación del art.13.b) CH 1980 manifieste el “nacionalismo judicial”, que según algunos autores, se utiliza para “bendecir” la sustracción de menores en supuestos transfronterizos. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.143.

**56.** Por otra parte, al principio de este trabajo se ha explicado el notable incremento que han experimentado en los últimos años los casos de sustracción transfronteriza en los cuales, como en el “Caso Juana Rivas”, el sujeto infractor es la madre de los menores, que, a su vez, dice ser víctima de malos tratos por parte del otro progenitor. En este punto, debe advertirse que ni el CH 1980 ni el RBII bis contemplan precepto alguno referente a la violencia de género, siendo el art.13.b) CH 1980 el único resquicio legal que permitiría tomar esta circunstancia en consideración. Cabe preguntarse, entonces, si la violencia de género quedaría comprendida en el art.13. b) CH 1980 y en consecuencia, podría operar como causa para no otorgar la restitución del menor, de entender que los menores se encuentran expuestos a graves peligros físicos o psíquicos o una situación intolerable. Particularmente, surgen las dudas cuando el menor no es la víctima directa de los malos tratos, sino que la violencia recae sobre su madre<sup>52</sup>.

**56.** El problema causa gran preocupación, ya que se han detectado situaciones fraudulentas, en las cuales se recurre al art.13. b) CH 1980 con la finalidad de retardar la tramitación del procedimiento y así tratar de justificar la integración del niño en el Estado de su nueva residencia para paralizar el retorno<sup>53</sup>. Sin embargo, no por ello se olvida que los efectos de la violencia de género se dejan sentir igualmente en los hijos, a los cuales, aún no siendo víctimas directas de maltrato físico, no cabe duda de que les causa profundos daños psicológicos<sup>54</sup>, motivo por el cual la restitución al país de su residencia anterior puede resultar una medida contraria a su interés.

**57.** Es evidente la dificultad que entraña la aplicación en este contexto del CH 1980, más todavía, en relación con el art.11.4 RBII bis, dada la imposibilidad de denegar la restitución del menor cuando se acredite que se han acordado medidas para garantizar su protección. No obstante, existen proposiciones para colmar las lagunas de ambos instrumentos y mejorar su aplicación en el ámbito de la violencia de género, tales como la Propuesta de Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13.b) del CLH 1980, elaborada en sede de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado, y la reforma del Texto de Refundición del RB II bis, a través de la implementación del Convenio de Estambul<sup>55</sup>.

**58.** Debe recordarse que la carga de la prueba de esta situación de maltrato que pone en grave peligro al menor recae sobre el progenitor que la alega<sup>56</sup>. Con todo corresponde al Juez o Tribunal que resulte competente resolver acerca de la restitución, de forma discrecional, que no arbitraria, y de manera motivada, tanto la realidad de la situación de maltrato como, en su caso, si el Estado de la residencia anterior del menor ha tomado las medidas necesarias para garantizar su salvaguarda<sup>57</sup>.

**59.** En este sentido, existiendo denuncias de malos tratos en el ámbito de la violencia de género e incluso, procedimiento judicial en curso por esta causa, la jurisprudencia española suele inclinarse

---

<sup>52</sup> Algún autor ha señalado que existen estudios que evidencian que la violencia como causa de no restitución al país de la residencia habitual únicamente se tiene en cuenta cuando la víctima de los malos tratos físicos es el menor. Por el contrario, el motivo no prospera cuando la violencia se ejerce solamente sobre la madre y ello, aunque tenga lugar en presencia de sus hijos. Esto trae como consecuencia la utilización del CH 1980 como un instrumento de control a favor del maltratador frente a la víctima. Vid. C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul...cit”, p.617.

<sup>53</sup> Vid. C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul...cit”, pp.622 y 626.

<sup>54</sup> Existen datos que evidencian la relación entre la violencia conyugal y la violencia contra los hijos (entre 30% y 60%), con consiguiente riesgo para el menor. Para mayor información, Vid. M. J. CAÑADAS LORENZO, “La incidencia de la Violencia de Género en la sustracción internacional de menores” (Ponencia presentada por la Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer en el VII Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género: Madrid, 18 y 19 de octubre de 2018), recuperado en [http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpp/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=718a60d810c96610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=a64e3da6cbe0a210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es\\_ES](http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpp/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=718a60d810c96610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=a64e3da6cbe0a210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES).

<sup>55</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, 6 junio 2014). Sobre los trabajos en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en el seno de la Unión Europea, Vid. C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul...cit”, p.625.

<sup>56</sup> Vid. SAP Santa Cruz de Tenerife Sentencia (Sección 1ª) núm. 415/2007 de 26 noviembre ([JUR 2008, 65320).

<sup>57</sup> Vid. I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión europea...cit”, p.615.

por ordenar la restitución de los menores en aquellos supuestos en que no existen indicios razonables que acrediten la situación de peligrosidad o grave riesgo para el hijo, particularmente, cuando no es la víctima directa de los malos tratos<sup>58</sup>.

**60.** A este respecto, resulta muy interesante la SAP Valencia de 23 de febrero de 2017, en la cual el Tribunal consideró que, aún existiendo un proceso penal incoado por violencia de género contra el padre, no opera la excepción a la restitución por grave riesgo o una situación intolerable, por dos motivos: porque no consta que los malos tratos afecten a la hija y porque la restitución no impide la adopción de medidas de protección en el país de la residencia anterior, Francia. Más todavía, argumenta la Audiencia que, pese a que no se han especificado esas medidas de protección de la menor, tratándose de un país de la Unión Europea, rigen las normas europeas de prevención y lucha contra la violencia doméstica, en clara alusión al Convenio de Estambul<sup>59</sup>.

**61.** La condena por un delito de violencia de género y la existencia de una orden de protección contra la mujer tampoco es óbice para decretar la restitución de un menor al Estado de su residencia anterior y así lo entendió la SAP Navarra de 3 de octubre de 2018, en tanto que no apreció la concurrencia de elementos probatorios que permitieran inferir que había una situación objetiva de riesgo en los términos del art 13 del Convenio de la Haya<sup>60</sup>.

**62.** Por el contrario, nuestros tribunales optan por acordar la restitución inmediata del menor cuando entienden que obran en los autos un conjunto indiciario de medios probatorios más que suficientes para concluir que concurriría una situación que podría poner en peligro al menor. Ello debido a que al menor también le afecta la violencia ejercida por el otro progenitor sobre su madre o porque, junto a la existencia de violencia de género, se ha acreditado que el niño es igualmente objeto de malos tratos por parte de su padre<sup>61</sup>.

**63.** En cuanto al “Caso Juana Rivas”, por Juzgado de Primera Instancia de Granada se dictó sentencia, en la cual se ordenó la inmediata restitución de sus hijos a Italia, sobre la base de que no quedó debidamente probado que afectasen directamente a los menores los episodios de violencia familiar existentes entre sus padres<sup>62</sup>. Ello, aun valorando como un dato negativo que tales episodios violentos fueran presenciados por los dos menores. En concreto, se practicó prueba pericial psicológica, mediante la cual se verificó que la restitución al país de su residencia habitual anterior no suponía grave riesgo para la integridad física o psíquica de los niños y por consiguiente, tampoco se apreció la excepción del artículo 13 b) CH 1980.

---

<sup>58</sup> Vid. entre otras, SAP Málaga (Sección 6<sup>a</sup>) núm. 286/2018, 28 marzo (ECLI:ES:APMA:2018:2544), SAP Islas Baleares (Sección 4<sup>a</sup>) núm. 52/2018 de 9 febrero (ECLI: ECLI:ES:APIB:2018:267), SAP Málaga (Sección 6<sup>a</sup>) núm. 243/2015, 30 abril y AAPM (Sección.22<sup>a</sup>) 31 Marzo 2015 (ECLI:ES:APM:2015:142A). Esta resolución pone el acento en el tiempo transcurrido entre los hechos denunciados y la denuncia, llegando a concluir que concurre ánimo espurio por parte de la madre que alega la violencia de género, cuando la interposición de la denuncia se ha dilatado en el tiempo (dos años). La citada resolución fue declarada nula por la STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2016), por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al tratarse de una resolución carente de ponderación de la situación de la menor en orden a la determinación de su interés superior.

<sup>59</sup> En concreto, la SAP Valencia (Sección 10<sup>a</sup>) núm. 180/2017, 23 Febrero 2017 (ECLI: ES:APV:2017:718) razona: “*Lo cierto es que la existencia de tales medidas simplemente impediría, de acuerdo con el artículo 11-4 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 valorar la denegación de la restitución al amparo del artículo 13 b) del Convenio de La Haya, pero su falta no impide acordar la restitución cuando, a la luz del mencionado precepto del Convenio, no se advierta la exposición a un peligro físico o psíquico o una situación intolerable para la menor.*”

<sup>60</sup> Vid. SAP Navarra (Sección 3<sup>a</sup>) núm. 449/2018, de 3 Octubre 2018 (ECLI: ES:APNA:2018:875). Tampoco tiene en cuenta la existencia de un procedimiento por violencia de género archivado en el Estado de la residencia habitual anterior al traslado ilícito la SAP Les Illes Balears (Sección 4<sup>a</sup>) núm. 141/2016, 9 Mayo 2016 (ECLI: ES:APIB:2016:751).

<sup>61</sup> Vid. AAP Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>), núm. 25/2011 de 22 Febrero 2011 (ECLI: ES:APCA:2011:30<sup>a</sup>) y AAP Sevilla (Sección 2<sup>a</sup>) núm. 185/2008 de 12 septiembre (JUR 2009\54463).

<sup>62</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup>. 3 de Granada núm. 754/2016, 14 Diciembre 2016 (ECLI: ES:JPI:2016:723).

64. Como ya se ha explicado, esta Sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, que se pronunció acerca de la denuncia formulada por la Sra. Rivas, argumentando que el solo hecho de haber formulado una denuncia por malos tratos al llegar a España, no es suficiente por sí mismo para garantizar el éxito de su pretensión. Más bien, la Sala entiende que el propósito de la Sra. Rivas fue alterar la competencia civil y penal para conocer de este asunto.

### III. Medidas civiles relativas a los hijos menores

65. La *Prima Sezione Civile* del Tribunal de Cagliari, compuesta por tres jueces y presidida por el magistrado Ignazio Tamponi, dictó Sentencia el pasado 21 de marzo de 2019 en el proceso civil entablado entre Dña. Juana y D. Francesco, estableciendo las siguientes medidas:

66. Por cuanto se refiere al cuidado de los menores, atribuye el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja, de cinco y doce años de edad, a D. Francesco.

67. Respecto al régimen de visitas, establece que los hijos menores estarán en compañía de Dña. Juana la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano; así como un fin de semana alterno, en caso de que esta resida en Italia, o un fin de semana de cada cinco, si vive en España o en cualquier otro país. Ello, pese a que D. Francesco pedía que se prohibiera la salida de los niños de Italia.

68. En cuanto a la contribución al mantenimiento de los hijos menores, el Tribunal de Cagliari fija una pensión de alimentos a cargo de Dña. Juana de 300 € mensuales (150 € por cada hijo). Además, esta deberá abonar el 50 % de los gastos extraordinarios.

69. A continuación, nos centraremos en cada una de las mencionadas medidas, analizando el régimen jurídico previsto en el Derecho italiano y las razones que han llevado al Tribunal a adoptar su decisión. Nos detendremos especialmente en la atribución del cuidado de los hijos menores, pues el resto de medidas dependen directamente de esta.

70. Además, para que el lector pueda comprender mejor el régimen italiano y las instituciones en él previstas, iremos realizando las oportunas comparaciones con nuestro propio ordenamiento jurídico.

#### 1. Cuidado de los hijos menores

71. Ya hemos adelantado que el Tribunal de Cagliari atribuye el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja a D. Francesco. Al respecto, argumenta que se trata de la única solución que garantiza el respeto del interés superior de los menores, llegando a considerar que adoptar otra solución supondría un importante perjuicio para su equilibrio psicofísico. Para ello, tiene en cuenta diferentes factores, como la obstaculización de las relaciones entre los hijos y su padre por parte de Dña. Juana, su inaptitud para asumir el cuidado diario de los menores o la manipulación de los mismos que presuntamente ha llevado a cabo, hasta el punto de causarles el denominado “Síndrome de Alienación Parental”. No tiene en cuenta, sin embargo, la posible presencia de violencia de género en la pareja.

72. A continuación, analizaremos todos los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Cagliari para adoptar su decisión. Pero antes, veremos en qué consisten exactamente el *affidamento* y la *collocazione*, centrándonos especialmente en las similitudes y diferencias existentes con nuestra guarda y custodia.

## A) El régimen de atribución del cuidado de los hijos menores en el Derecho italiano

73. 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 son el *affidamento* y la *collocazione*, a cuyo análisis vamos a destinar este apartado. Además, también haremos una breve referencia al ejercicio de la responsabilidad parental —*responsabilità genitoriale*—, ya que ello nos permitirá comprender mejor el funcionamiento de dichas figuras.

### a) El ejercicio de la *responsabilità genitoriale* tras la ruptura

74. El *Codice Civile* italiano diferencia en su artículo 337 *ter.3* entre las decisiones consideradas “de mayor importancia” —*di maggiore interesse*— y aquellas otras a las que denomina “de ordinaria administración” —*di ordinaria amministrazione*—. Dentro de las primeras, recoge expresamente algunas, como las que se refieren a la instrucción, educación y salud de los menores y las relativas al establecimiento de su residencia habitual. En cualquier caso, no se trata de una lista cerrada, por lo que podría incluirse cualquier otra decisión susceptible de incidir notablemente en vida del menor<sup>63</sup>.

75. Independientemente de la modalidad de *affidamento* que se establezca, las decisiones calificadas como de mayor importancia serán adoptadas conjuntamente por ambos padres —arts. 337 *ter.3* y 337 *quater.3* del *Codice Civile*—, con una única excepción: el supuesto del *affidamento superesclusivo*, al que me referiré brevemente en el siguiente epígrafe.

76. Ello implica que a los padres les incumbe un deber de información recíproca y de consulta con carácter previo a adoptar cualquier decisión de estas características<sup>64</sup>. Para el caso de que no se alcance un acuerdo, el artículo 337 *ter.3* del *Codice Civile* establece que la decisión corresponde al juez. Aquí encontramos una diferencia con nuestro ordenamiento jurídico, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 156.2 del Código Civil, en caso de desacuerdo entre los progenitores, el juez no adoptará la decisión, sino que atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores.

77. En cuanto a las decisiones de ordinaria administración, la doctrina italiana ha considerado que dentro de esta categoría se encuentran aquellas decisiones cotidianas que exige el cuidado directo del menor y que, por ende, requieren de cierta inmediatez<sup>65</sup>.

78. Finalmente, entre una y otra clase de decisiones, existe una zona intermedia, en la que se encuentran aquellas decisiones que, sin llegar a ser consideradas especialmente importantes, tampoco pueden calificarse como cotidianas o de ordinaria administración. Lo cierto es que el *Codice Civile* italiano no se refiere a esta clase de decisiones, por lo que su régimen ha sido configurado por la doctrina<sup>66</sup>.

79. Como vamos a ver a continuación, la competencia para la adopción de las decisiones de ordinaria administración y de las que se encuentran a medio camino entre éstas y las de mayor importancia, dependerá del régimen de *affidamento* que se establezca<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Vid. M. DOGLIOTTI, “Affidamento condiviso e individuale” en VV AA, *Affidamento condiviso e diritti dei minori — coord. M. DOGLIOTTI—*, Lex Nova, Torino, 2008, p. 44; y A. ARCERI, “Il contenuto dell’affidamento esclusivo ed il potere del giudice di conformazione della responsabilità genitoriale”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 1, 2016, p. 3.

<sup>64</sup> Vid. A. ARCERI, “Il contenuto dell’affidamento esclusivo ...cit.”, p. 3.

<sup>65</sup> Vid. M. DOGLIOTTI, “Affidamento condiviso ...cit.”, p. 62.

<sup>66</sup> Vid. G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso. Gli aspetti di diritto sostanziale (art. 337 *ter.3* c.c.)” en VV AA, *Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli* —G.F. BASINI, G. BONILINI, y M. CONFORTINI—, Utet Giuridica, 2014, p. 1158.

<sup>67</sup> Vid. G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso ...”, cit., p. 1158.

## b) *El affidamento*

**80.** La principal función del *affidamento* italiano consiste en determinar el modo concreto en el que se va a ejercer la responsabilidad parental sobre los hijos menores tras la ruptura de la pareja<sup>68</sup>. Ello hace que no pueda identificarse con nuestra guarda y custodia, que, como sabemos, tiene por objeto disponer cuál de los padres va a convivir con los hijos, y, como regla general, no incide en el ejercicio de la patria potestad<sup>69</sup>, que sigue perteneciendo a ambos progenitores —art. 92.4 del Código Civil—. Ello sin perjuicio de que haya algunas facultades que el progenitor no custodio tenga limitadas, como la relativa a tener a los menores en su compañía o la participación en la adopción de determinadas decisiones de escasa importancia pertenecientes al día a día.

**81.** Además, a diferencia de lo que ocurre con la guarda y custodia española, el *affidamento* italiano no siempre incluye la determinación del progenitor que va a convivir diariamente con el menor<sup>70</sup>. Sí que la incluye en aquellos casos en los que se asigna a uno de los progenitores —*affidamento esclusivo*—, pero no cuando se asigna conjuntamente a ambos —*affidamento condiviso*—, ya que en estos supuestos la determinación del progenitor que va a convivir con el menor es objeto de una decisión posterior. Así, el *Codice Civile* italiano, tras regular el *affidamento*, encarga al juez la tarea de establecer el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores —art. 337 *ter*.2—. Para ello, el ordenamiento italiano cuenta con la figura de la *collocazione*, a la que nos referiremos en el siguiente apartado.

**82.** Con carácter general, se prevén dos modalidades de *affidamento*: *esclusivo* y *condiviso*. A continuación, expondremos las principales diferencias que existente entre ellas:

**83.** El *affidamento esclusivo* se caracteriza porque las decisiones de mayor importancia son adoptadas conjuntamente por ambos progenitores; mientras que el resto de decisiones —las de ordinaria administración y las que se encuentran a medio camino entre unas y otras—, son adoptadas exclusivamente por el progenitor *affidatario*, salvo que el juez decida graduar el ejercicio de la responsabilidad parental y atribuir al *no affidatario* la facultad de participar en determinadas decisiones —art. 337 *quater*.3 del *Codice Civile*—.

**84.** Además, el artículo 337 *quater*.3 del *Codice Civile* italiano prevé la posibilidad de que, con carácter excepcional, el juez pueda apartar al progenitor *no affidatario* también de las decisiones de mayor importancia. Ello ha llevado a la doctrina a hablar de un subtipo de *affidamento esclusivo*, al que ha dado la denominación de *superesclusivo*<sup>71</sup>. En todo caso, el carácter excepcional de esta modalidad de *affidamento* hace que haya tenido una escasa repercusión práctica, aunque es posible encontrar algún pronunciamiento que la establece<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> 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: C. GRASSI, “Potestà genitoriale e affidamento della prole”, *Giustizia Civile*, fasc.10, 2008, p. 5; y M. DOGLIOTTI, “Affidamento condiviso...cit.”, p. 51 y 115.

<sup>69</sup> Vid. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2008, p. 4; y L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p.123.

<sup>70</sup> Vid. Cass., 8 febbraio 2012; Cass., 17 maggio 2012; Cass., 15 maggio 2013, Trib. Milano, 6 ottobre 2006; Trib. Viterbo, 18 ottobre 2006; Trib. Firenze, 13 dicembre 2006; y Trib. Pisa, 20 dicembre 2006. Vid. también: B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006, p. 91; T. FEBBRAJO, *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”*: *L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008, p. 221; M. DOGLIOTTI, “Affidamento condiviso...cit.”, p. 48 y 51; C. IRTI, *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene Editore Napoli, 2010, p. 39; T. AULETTA, “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*, fasc. 6, 2012, p. 4; y G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.”, p. 1148

<sup>71</sup> Vid. G. SAVORANI, “L’affidamento super-esclusivo in talune circostanze è l’unico mezzo per tutelare l’interesse del figlio minore”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, fasc. 12, 2014, p. 4.

<sup>72</sup> Vid. Trib. Milano, 20 marzo 2014.

**85.** Por lo demás, tanto en el supuesto del *affidamento esclusivo* como en el del *superesclusivo*, el progenitor no *affidatario* tiene el derecho y el deber de vigilar la instrucción y educación del menor, estando facultado para dirigirse al juez cuando las decisiones adoptadas por el otro progenitor puedan menoscabar su interés superior —art. 337 *quater*.3 del *Codice Civile*—. Esta regla no solo se aplica en situaciones de ruptura, ya que el artículo 316.5 del *Codice Civile* establece con carácter general que el progenitor que no ejerza la responsabilidad parental controlará la instrucción, educación y condiciones de vida de su hijo.

**86.** Por cuanto respecta al *affidamento condiviso*, una vez más, las decisiones de mayor importancia deben ser acordadas por ambos progenitores —art. 337 *ter*.3 del *Codice Civile*—. El resto de decisiones podrán ser adoptadas por el progenitor que se encuentre en compañía del menor en cada momento, pero informando y consultando al otro progenitor y sin apartarse nunca del proyecto educativo común acordado entre ambos<sup>73</sup>. Por último, se establece una salvedad con las decisiones de ordinaria administración, respecto de las cuales el juez puede establecer el ejercicio separado de la responsabilidad parental, lo que supone que pueden ser adoptadas de forma autónoma por el progenitor al que el juez atribuya dicha facultad —art. 337 *ter*.3 del *Codice Civile*—.

**87.** Los artículos 337 *ter*.2 y 337 *quater* del *Codice Civile* italiano atribuyen preferencia legal al régimen de *affidamento condiviso* —arts. 337 *ter*.2 y 337 *quater*—, tal y como han interpretado de forma prácticamente unánime la jurisprudencia<sup>74</sup> y doctrina<sup>75</sup> italianas. El primero de los mencionados preceptos, aun sin utilizar expresamente la locución *affidamento condiviso*, señala que el juez valorará “prioritariamente” la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a ambos progenitores; mientras que el artículo 337 *quater*.1 limita la posibilidad de establecer el *affidamento esclusivo* a aquellos casos en los que quede acreditado que el *affidamento condiviso* resulta contrario al interés del menor.

**88.** La doctrina italiana ha llegado a considerar 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*<sup>76</sup>.

**89.** El *Codice Civile* italiano no prevé los supuestos concretos en los que el *affidamento condiviso* resulta contrario al interés superior del menor y en los que, por tanto, cabe adoptar el *affidamento esclusivo*; por lo que se deja a la discrecionalidad del juez<sup>77</sup>. A modo de ejemplo, la jurisprudencia se ha opuesto al *affidamento condiviso* cuando alguno de los padres padecía graves patologías psíquicas<sup>78</sup>, se encontraba privado de libertad<sup>79</sup>, padecía algún tipo de adicción<sup>80</sup> o mostraba un carácter violento que pudiera poner en riesgo a sus hijos menores<sup>81</sup>.

<sup>73</sup> Vid. App. Bologna, 21 settembre 2006; y App. Catania, 6 marzo 2007. Vid. también: G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso ...cit.”, p. 1158

<sup>74</sup> Vid. App. Roma, 9 maggio 2007; y Trib. Catania, 2 ottobre 2007.

<sup>75</sup> Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso ...cit.*, p. 63; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità...cit.*, p. 137; C. GRASSI, “Potestà genitoriale ...cit.”, p. 1; C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 16; A. VECCHI, “Conferma da piazza cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo è l'eccezione”, *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2010, p. 1; F. ASTIGGIANO, “Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi”, *Famiglia, persone e successioni*, fasc. 10, 2012, p. 2; y G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.”, p. 1142.

<sup>76</sup> Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso ...cit.*, pp. 91 y 116; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità...cit.*, p. 190; A. ANSALDO, “Il divorzio” en VV AA, *Affidamento condiviso e diritti dei minori —coord. M. DOGLIOTTI—*, Lex Nova, Torino, 2008, p. 183; G.E. NAPOLI, “L'interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità”, *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2009, p. 4; C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, pp. 23 y 30; y A. VECCHI, “Conferma...cit.”, p. 1.

<sup>77</sup> Vid. C. GRASSI, “Potestà genitoriale...cit.”, p. 4.

<sup>78</sup> Vid. Trib. Firenze, 17 maggio 2006; y Trib. Catania, 18 maggio 2006.

<sup>79</sup> Vid. Trib. Catania, 18 maggio 2006; y Trib. Pisa, 9 maggio 2007.

<sup>80</sup> Vid. Trib. Firenze, 25 ottobre 2006; Trib. Firenze, 17 maggio 2006; y Trib. Trani, 17 maggio 2007.

<sup>81</sup> Vid. App. Ancora, 22 novembre 2006; y Trib. Pisa, 14 febbraio 2007.

90. En el supuesto objeto de examen, el Tribunal de Cagliari opta por apartarse de la regla general del *affidamento condiviso* y atribuir a D. Franceso el *affidamento esclusivo*. Lo hace con los argumentos que ya hemos mencionado, y que en seguida pasaremos a analizar. Ello supone que, si bien Dña. Juana participará en la adopción de las decisiones de mayor importancia relativas a los menores, no lo hará en aquellas de ordinaria administración, ni entre las que se encuentran a medio camino entre unas y otras. Y es que, en el caso concreto, el juez no ha hecho uso de la facultad que le atribuye el artículo 337 *quater.3* del *Codice Civile* para otorgar al *no affidatario* la facultad de participar en determinadas decisiones. Tampoco ha optado por establecer el denominado *affidamento superesclusivo*, lo que hubiera agravado notablemente la situación para Dña. Juana, pues le habría excluido también de la adopción de las decisiones de mayor importancia.

### c) La *collocazione*

91. La jurisprudencia y doctrina italianas vienen utilizando la expresión *collocazione*<sup>82</sup> para aludir a la determinación del progenitor va a convivir con el menor tras la ruptura de la pareja —aunque en ocasiones se le han dado denominaciones diversas, como *domiciliazione privilegiata*<sup>83</sup> o *residenza principale*<sup>84</sup>—.

92. La guarda y custodia española podría equipararse en cierto modo a la *collocazione*, pues al igual que aquella, permite determinar qué progenitor va a convivir en el día a día con el menor<sup>85</sup>, 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 del Código Civil—. No obstante, ello supone una visión excesivamente simplista de la guarda y custodia. Y es que, 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 su compañía menor<sup>86</sup>. Por ello, 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*.

93. Como ya se ha dicho, en los supuestos de *affidamento esclusivo*, la determinación del progenitor con el que va a convivir el menor no presenta mayores problemas, ya que el *affidamento* incluirá también la *collocazione*, que corresponderá al *progenitor affidatario*. Y parece bastante razonable, pues si el juez estima que existen razones para excluir a un progenitor del *affidamento* —y, por tanto, del grueso del ejercicio de la responsabilidad parental—, con mayor razón justificarán la exclusión de la *collocazione*<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> 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: S. VAGLIO, "Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio", *Famiglia e Diritto*, 1995, 3, p. 1; D. MORELLO DI GIOVANNI, "Affidamento congiunto nella separazione personale tra i coniugi", *Famiglia e Diritto*, fasc. 5, 1997, p. 2; M. FIORINI, "Autonomia privata e affidamento condiviso", *Rivista del Notariato*, fasc.1, 2007, p. 4; G. FERRANDO, "L'assegnazione della casa familiare" en VV AA, *Affidamento condiviso e diritti dei minori —coord.* M. DOGLIOTTI—, Lex Nova, Torino, 2008, p. 116; G.E. NAPOLI, "L'interesse del minore...cit.", p. 7; A. ARCERI, "Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità", *Famiglia e Diritto*, fasc. 7, 2012, p. 3; T. AULETTA, "L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli...cit.", p. 9; C. CICERO, "Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 3, 2013, p. 2; G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", p. 1148; y A. DI LALLO, "Minore collocato dalla madre perché maggiormente in grado di garantire il diritto alla bigenitorialità", *Diritto & Giustizia*, fasc.10, 2016, p. 4.

<sup>83</sup> Vid. Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Pisa, 9 maggio 2007; y Trib. Messina, 25 settembre 2007.

<sup>84</sup> Vid. Trib. Civitavecchia, 2 ottobre 2007. Vid. también: L. SACCHETTI, "Dell'affidamento congiunto imposto", *Famiglia e Diritto*, fasc. 3, 2003, 3, p. 4.

<sup>85</sup> Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, p. 144; y J.A. SERRANO GARCÍA, "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón" en VV AA, *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.

<sup>86</sup> Vid. J.A. SERRANO GARCÍA, "Guarda y custodia de los hijos...cit.", p. 25.

<sup>87</sup> Vid. S. VAGLIO, "Affidamento dei figli...cit.", p. 4; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla "bigenitorialità" ...cit.*, p. 221.



94. El problema se plantea cuando se establece un régimen de *affidamento condiviso*, pues será necesario determinar el régimen de *collocazione* del menor. A ello se refiere el artículo 337 *ter.2* del *Codice Civile* cuando señala que el juez debe determinar el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores. Por tanto, 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*—<sup>88</sup>. Además, pese a que el *Codice Civile* no lo prevé expresamente, se viene admitiendo la posibilidad de que el juez establezca una *collocazione* similar con ambos progenitores<sup>89</sup>. A esta modalidad de *collocazione* se le ha denominado *collocazione alternata*<sup>90</sup>, y, aunque su aplicación práctica ha sido bastante escasa, es posible encontrar algún pronunciamiento que la adopta<sup>91</sup>.

95. En cualquier caso, en el supuesto que nos ocupa, ya hemos señalado que el Tribunal de Cagliari decide atribuir a D. Francesco el *affidamento esclusivo* de los hijos menores de la pareja, por lo que este ejercerá también la *collocazione*.

## B) Análisis de los argumentos del Tribunal de Cagliari

96. A continuación, vamos a descender al análisis de los diferentes argumentos en los que se basa el Tribunal de Cagliari para atribuir a D. Francesco el *affidamento* y *collocazione* de los hijos menores de la pareja:

### a) El interés superior del menor

97. El interés superior del menor es el principal criterio al que debe atender el juez a la hora de determinar el régimen de *affidamento* y *collocazione* de los hijos menores —art. 337 *ter.2* del *Codice Civile*—. Así lo viene interpretando de forma unánime la doctrina italiana<sup>92</sup>.

98. Lo mismo ocurre en nuestro propio ordenamiento: el Código Civil sitúa el interés superior del menor como el criterio fundamental a tener en cuenta en la adopción de cualquier decisión en materia de Derecho de familia y, concretamente en el establecimiento del régimen de guarda y custodia de los hijos menores —arts. 90 b), 92.4, 92.8, 94 y 103.1 del Código Civil—.

99. El problema es que tanto el Derecho italiano<sup>93</sup> como el español<sup>94</sup> configuran el interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado, lo que supone que tendrá que ser concretado en cada supuesto, en base a las circunstancias concurrentes.

<sup>88</sup> Vid. T. FEBBRAJO, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità" ...cit.*, p. 222.

<sup>89</sup> Lo mismo ocurría en el Derecho español antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE de 9 de julio de 2005), que introdujo por primera vez en el Código Civil la posibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia compartida. Con anterioridad a dicha reforma, la jurisprudencia ya aplicaba en ocasiones el régimen de custodia compartida pese a no estar prevista legalmente —vid. SAP Madrid 8 marzo 2002 (JUR 2002\196395), SAP Cuenca 28 febrero 2003 (AC 2003\886), SAP Asturias 2 abril 2003 (JUR 2003\231488), SAP Castellón 10 abril 2003 (AC 2003\846) o SAP Las Palmas 15 abril 2004 (JUR 2004\152448)—.

<sup>90</sup> Vid. G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", p. 1151.

<sup>91</sup> Vid. Trib. Chieti, 28 giugno 2006.

<sup>92</sup> Vid. V. MONTARULI, "L'interesse del minore nell'affidamento, tra responsabilità e libertà", *Giurisprudenza Italiana*, 1996, fasc. 4, p. 3; L. SACCHETTI, "Dell'affidamento...cit.", p. 3; B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 67; C. GRASSI, "Potestà genitoriale...cit.", p. 1; y G.E. NAPOLI, "L'interesse del minore...cit.", p. 3.

<sup>93</sup> Vid. R. GELLI, "Affidamento della prole", *Famiglia e Diritto*, fasc. 2, 2005, 2, p. 5; C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 61; y L. LENTI, "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *CEDAM: La nova giurisprudenza civile commentata*, Anno XXXII, N° 1, 2016, p. 148.

<sup>94</sup> Vid. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 54 y 57.

**100.** En la doctrina italiana, son varias las voces que consideran que el interés superior del menor se vincula con su derecho a la *bigenitorialità*<sup>95</sup>, es decir, con el derecho del menor a ser cuidado con ambos padres. Se ha llegado a señalar, incluso, que el legislador presume que el régimen de *affidamento condiviso* es el que protege en mayor medida el interés superior del menor<sup>96</sup>, y por ello le ha atribuido carácter preferente.

**101.** No obstante, en el supuesto que nos ocupa, el Tribunal de Cagliari ha decidido apartarse de la regla general y excluir el *affidamento condiviso*, por considerar que el *affidamento esclusivo* es el que mejor protege el interés superior del menor en el caso concreto.

## b) El lugar de residencia de los progenitores

**102.** El *Codice Civile* no se refiere al peso que tiene el lugar de residencia de cada uno de los progenitores en la determinación del régimen de *affidamento* y *collocazione* de los hijos menores. Al respecto, se limita a prever que, en caso de que uno de los progenitores traslade su residencia al extranjero, debe comunicárselo al otro progenitor en el plazo máximo de 30 días —art. 337 *sexies.2* del *Codice Civile*—, con el apercibimiento de que, de no hacerlo, deberá indemnizar los daños y perjuicios que pudieran causarse al otro progenitor o a los propios hijos.

**103.** Ante el silencio del *Codice Civile*, han sido jurisprudencia y doctrina las que se han pronunciado sobre esta cuestión, mostrándose con carácter general partidarias de establecer el régimen de *affidamento condiviso* también en aquellos casos en los que existe lejanía entre los domicilios de los progenitores<sup>97</sup> —aunque es posible encontrar algún caso en el que se ha estimado que debe descartarse el *affidamento condiviso*, argumentando que la lejanía de los domicilios dificulta la corresponsabilidad y coparticipación en el cuidado, educación e instrucción del menor<sup>98</sup>—. En el caso que estamos analizando, ya hemos visto que el Tribunal de Cagliari descarta el *affidamento condiviso*, para lo que tiene en cuenta diversos factores, entre los que incluye la lejanía existente entre los domicilios de los progenitores, ya que viven en diferentes países.

**104.** En cuanto al régimen de *collocazione*, a diferencia de lo que hemos visto para el *affidamento*, se ha considerado que, con carácter general, la lejanía entre los domicilios de los progenitores hace que la *collocazione alternata* no resulte recomendable<sup>99</sup> —lo que no ha impedido que en alguna ocasión se haya acordado pese a existir una importante distancia entre los lugares de residencia de los progenitores<sup>100</sup>—. En el caso de nuestro ordenamiento, jurisprudencia<sup>101</sup> y doctrina<sup>102</sup> también se muestran contrarias, con carácter general, al establecimiento del régimen de custodia compartida cuando no existe cierta proximidad entre los domicilios de los progenitores.

<sup>95</sup> Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 116; T. FEBBRAJO, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità"...* *cit.*, p. 129; G.E. NAPOLI, "L'interesse del minore...cit.", p. 2; y C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 15.

<sup>96</sup> Vid. T. FEBBRAJO, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità"...* *cit.*, p. 139; C. GRASSI, "Potestà genitoriale...cit.", p. 1; C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 19; y T. AULETTA, "L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli...cit.", p. 6.

<sup>97</sup> Vid. Cass., 2 dicembre 2010; Cass., 19 maggio 2011; Trib. Bologna, 22 maggio 2006; Trib. Min. Emilia Romagna, 6 febbraio 2007; y App. Catania, 10 novembre 2010. Vid. también: G. MANERA, "Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 4, 2007, p. 3; y T. AULETTA, "L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli...cit.", p. 6.

<sup>98</sup> Vid. Trib. Pisa, 20 dicembre 2006; y App. Roma, 18 aprile 2007.

<sup>99</sup> Vid. Cass., 2 dicembre 2010.

<sup>100</sup> Vid. Trib. Chieti, 28 giugno 2006.

<sup>101</sup> Vid. STS 11 marzo 2010 (RJ 2010\2340), SAP Zaragoza 7 febrero 2012 (JUR 2012\63159), SAP Málaga 22 octubre 2013 (JUR 2014\17117), SAP Murcia 3 enero 2014 (JUR 2014\40800) y SAP Baleares 18 marzo 2014 (JUR 2014\98386).

<sup>102</sup> Vid. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida alternativa...cit.", pp. 19-20. Vid. también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

**105.** En el supuesto de estudio, no llega siquiera a plantearse la posibilidad de establecer un régimen de *collocazione alternata*, toda vez que el Tribunal se ha decantado por el *affidamento esclusivo*, y, como ya hemos señalado, ello excluye la posibilidad de adoptar la *collocazione alternata*.

**106.** Por lo demás, el lugar de residencia de los progenitores es un criterio cuya eficacia no se agota con la adopción del régimen de *affidamento y collocazione*, ya que también puede ser muy útil para determinar la configuración concreta del régimen de visitas, tal y como posteriormente veremos.

### c) La aptitud de los progenitores

**107.** Los supuestos más habituales en los que la aptitud de uno de los progenitores para ejercer el cuidado de sus hijos puede quedar en entredicho son los relativos a la existencia de enfermedades, que normalmente serán de carácter psíquico —como esquizofrenia, depresiones, obnubilación de la conciencia, trastornos de personalidad graves, trastorno obsesivo-compulsivo, etc.—, aunque en algunas ocasiones se incluyen también las minusvalías físicas —parálisis, hemiplejías, cuadriplejías, etc.—.

**108.** En este sentido, es posible encontrar varios pronunciamientos en la jurisprudencia italiana que se oponen al *affidamento condiviso* debido al padecimiento de enfermedades psíquicas en alguno de los progenitores<sup>103</sup> —también en la jurisprudencia española<sup>104</sup>—. Y, de hecho, ya hemos anticipado que uno de los argumentos a los que recurre el Tribunal de Cagliari para rechazar el *affidamento condiviso* es que aprecia una cierta inaptitud de la madre para asumir el cuidado diario de los menores, al mostrar, en palabras del Tribunal, un funcionamiento psíquico gravemente patológico, asociado a una desorganización mental. En este sentido, señala que D. Juana ha demostrado con su comportamiento ser absolutamente inconsciente del daño que ha causado a los niños al separarlos de su padre. Así mismo, entiende que la relación del hijo mayor con la madre resulta patológica por carecer de reciprocidad y basarse en el control y el deseo del menor de complacerla. En cambio, considera que D. Francesco muestra un comportamiento comprensivo y responsable que le hace más idóneo para asumir el cuidado de sus hijos menores.

**109.** En cualquier caso, parece que el Tribunal estima que dicha inaptitud no es absoluta, ya que en ese caso la solución habría sido la privación de la *responsabilità genitoriale*, lo que hubiera supuesto una situación mucho más gravosa para Dña. Juana, pues conllevaría su exclusión de la adopción de las decisiones de mayor importancia relativa a sus hijos menores, y, presumiblemente, impediría —o cuanto menos, limitaría— el derecho de visitas con los mismos. De hecho, es una posibilidad que todavía no debe descartarse, pues el Tribunal de lo Penal n° 1 de Granada, en su Sentencia de 18 de julio de 2018 —ratificada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de marzo de 2019—, dictada en el procedimiento de sustracción de menores, acuerda privar a Dña. Juana del ejercicio de la patria potestad por un periodo de seis años. Actualmente, el pronunciamiento se encuentra pendiente de recurso ante el Tribunal Supremo, que, de ratificarlo, lo dotará de firmeza, con las perniciosas consecuencias para Dña. Juana a las que nos hemos referido.

### d) La predisposición de los progenitores para permitir las relaciones del menor con el otro

**110.** Ya hemos adelantado que uno de los criterios que el Tribunal de Cagliari tiene en cuenta para excluir el *affidamento condiviso* y atribuírselo con carácter exclusivo a D. Francesco es la obstaculización de las relaciones entre los hijos y su padre por parte de Dña. Juana, bien impidiéndolas —cuando sustrae a los menores en 2016— o bien dificultándolas —cuando en octubre de 2018 se quedó con los hijos dos días más de los que marcaba el régimen de visitas—; unida a la buena predisposición de D. Francesco para favorecer las relaciones entre los menores y su madre.

<sup>103</sup> Vid. por todas: Trib. Firenze, 17 maggio 2006; y Trib. Catania, 18 maggio 2006.

<sup>104</sup> Vid. SAP Soria 8 abril 1996 (AC 1996\1580), SAP Las Palmas 24 abril 2007 (JUR 2007\170887), SAP Málaga 29 diciembre 2007 (JUR 2008\245907), SAP Zaragoza 15 julio 2008 (JUR 2008\344577) y SAP Asturias 14 mayo 2009 (JUR 2009\269029).

**111.** De hecho, la jurisprudencia<sup>105</sup> y doctrina<sup>106</sup> italianas vienen considerando que la obstaculización de las relaciones entre el menor uno de los progenitores por parte del otro progenitor constituye una causa de exclusión del *affidamento condiviso*. Además, el artículo 709 *ter* del *Codice di Procedura Civile* italiano prevé la posibilidad de que el juez establezca una indemnización por los daños causados tanto en favor del hijo como del progenitor al que se le han impedido las relaciones con el mismo, así como una multa que podrá ir desde los 75 € a los 5.000 €<sup>107</sup>.

**112.** Por contra, la mayor predisposición de uno de los progenitores para permitir las relaciones del menor con el otro —un criterio procedente del Derecho anglosajón al que se le suele conocer como *friendly parent*<sup>108</sup>— ha sido concebida por la jurisprudencia<sup>109</sup> y doctrina<sup>110</sup> italianas como un aspecto muy positivo para atribuirle el *affidamento* y la *collocazione* de los hijos menores. Y lo mismo ocurre en nuestra propia jurisprudencia<sup>111</sup> y doctrina<sup>112</sup>. De hecho, si atendemos a los ordenamientos autonómicos de nuestro país, tanto el Código Civil de Cataluña —art. 233-11.1 c)—<sup>113</sup> como la Ley del País Vasco 7/2015 —art. 9.3 e)—<sup>114</sup> recogen expresamente la predisposición de los progenitores para permitir las relaciones con el otro como uno de los criterios a tener en cuenta para la atribución de la guarda y custodia; y también pretendía hacerlo el legislador nacional a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia<sup>115</sup>.

### e) La presencia de alienación parental

**113.** El Tribunal de Cagliari estima que Dña. Juana ha manipulado a sus hijos para predisponerlos en contra de su padre, D. Francesco, dando por bueno el informe pericial del equipo psicossocial adscrito al juzgado, en el que señala que los niños padecen el llamado Síndrome de Alienación Parental.

**114.** La expresión “Síndrome Alienación Parental” (S.A.P.) —en inglés: *Parental Alienation Syndrome (P.A.S.)*— fue acuñada en 1985 por el psiquiatra y psicoanalista estadounidense Richard Gardner<sup>116</sup>, que fue el primero en estudiar en profundidad este fenómeno<sup>117</sup>. De hecho, pese a su fallecimiento en el año 2003, sigue siendo su principal referente teórico<sup>118</sup>.

<sup>105</sup> Vid. Cass., 21 febbraio 2014; Cass., 4 aprile 2018; y Trib. Roma, 11 ottobre 2016.

<sup>106</sup> Vid. A. CONCAS, “Cassazione: è reato impedire al padre di vedere il figlio”, *Diritto e diritti*, 2017, p. 3.

<sup>107</sup> Al respecto, la Corte de Cassazione, en su sentencia de 21 de febrero de 2014, impone una multa de 2.500 € a una progenitora que venía impidiendo las relaciones entre sus hijos y el otro progenitor —vid. Cass., 21 febbraio 2014—.

<sup>108</sup> Vid. T. SAN SEGUNDO MANUEL, “El régimen de visitas de los progenitores”, *European Journal of Social Law*, N° 16, 2012, p. 90.

<sup>109</sup> Vid. Trib. Milano, 28 marzo 1990; y Trib. Roma 11 ottobre 2016.

<sup>110</sup> Vid. M. RAGOZZINO y G. GUERRERI, *I tuoi diritti. Separazione e divorzio*, Editore Ulrico Hoepli Milano, Milano, 2012, p. 390; y A. DI LALLO, “Minore collocato dalla madre...cit.”, p. 4.

<sup>111</sup> Vid. SAP Madrid 26 julio 2010 (JUR 2010\308952), SAP Ourense 21 diciembre 2010 (JUR 2011\61930) y SAP Valencia 9 enero 2013 (JUR 2013\119835).

<sup>112</sup> Vid. L. ZANÓN MASDEU, *Guarda y custodia de los hijos*, Bosch, Barcelona, 1996, 1ª ed., p. 199; y C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil” en VVAA, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: (Ley 15/2005, de 8 de julio)* —dir. V. GUILARTE GUTIÉRREZ—, Lex Nova, 2005, p. 150.

<sup>113</sup> Vid. DOGC de 21 de agosto de 2010.

<sup>114</sup> Vid. BOPV de 24 de julio de 2015.

<sup>115</sup> Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil.

<sup>116</sup> Vid. R.A. GARDNER, “Recent Trends in Divorce and Custody Litigation”, *Academy Forum*, Volume 29, Number 2, Summer, 1985, p. 3.

<sup>117</sup> Aunque con anterioridad otros autores ya habían advertido de los efectos que pueden provocar en el menor la manipulación de uno de los progenitores para predisponerlo en contra del otro. Para aludir a esta situación se utilizaban expresiones como “Síndrome de Medea”, “Síndrome de la madre maliciosa” o “Programación Parental en el Divorcio” —vid. M. ARCH MARIN, “El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense” en VV AA, *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* — dir. M.C. GARCÍA GARNICA—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 124—.

<sup>118</sup> Vid. A. ESCUDERO NAES, L. AGUILAR REDORIA, y J. DE LA CRUZ LEIVA, Julia, “La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): «terapia de la amenaza»”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 28, N° 102, Madrid, 2008, p. 285.

**115.** Gardner definió el Síndrome de Alienación Parental como una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo que obedece al adoctrinamiento sistemático de este por parte del otro progenitor. Por tanto, su rasgo fundamental es la manipulación o programación del hijo por parte de uno de los padres para que odie al otro sin ninguna justificación<sup>119</sup>. La literatura científica ha considerado que son ocho los síntomas que concurren en un menor que padece el Síndrome de Alienación Parental<sup>120</sup> —en los que no vamos a profundizar por trascender del ámbito jurídico—.

**116.** Lo cierto es que existe una amplia discusión acerca de si la alienación parental puede ser calificada como un verdadero síndrome. De hecho, no ha sido considerada como tal por ninguna asociación científica y no se recoge en las clasificaciones internacionales de enfermedades: no es reconocida como síndrome ni por el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM V-TR)<sup>121</sup> ni por los Criterios de Clasificación internacional de enfermedades (CIE-10)<sup>122</sup>.

**117.** Uno de los hitos más importantes en el reconocimiento del Síndrome de Alienación Parental fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio del 2000 —*Elholz vs. Alemania*— (TEDH 2000\152)<sup>123</sup>. En dicho pronunciamiento, se condena al Estado alemán a indemnizar a un padre por los daños y perjuicios que se le han causado al denegarle el régimen de visitas con base en las manifestaciones vertidas por su hijo de cinco años, que era supuesta víctima del Síndrome de Alienación Parental.

**118.** No es el propósito de este estudio entrar en debates acerca de su consideración o no como trastorno psiquiátrico. De hecho, en adelante utilizaremos la expresión “alienación parental”, prescindiendo del término “síndrome”, pues como hemos visto, por el momento no cuenta con el reconocimiento de la comunidad médica.

**119.** Lo que sí es un hecho constatable es que muchos menores son manipulados por uno de sus padres y programados en contra del otro. Al respecto, es frecuente que los padres conversen con sus hijos acerca de temas delicados, como sus problemas económicos y personales, o incluso que se quejen abiertamente de la conducta del otro progenitor, lo que puede considerarse como una manipulación del menor para predisponerle en su contra. Además, las disputas que se producen en no pocas ocasiones entre los padres en las situaciones de crisis familiar crean una situación muy propicia para que los hijos puedan ser utilizados o instrumentalizados para tratar de dañar al otro progenitor.

**120.** Evidentemente, habrá supuestos en los que el rechazo del menor contra uno de los progenitores esté justificado, en cuyo caso no cabría hablar de alienación parental<sup>124</sup>. Ello sucede, por ejemplo, cuando ha presenciado situaciones de violencia de género o ha sufrido violencia o abusos sexuales por

<sup>119</sup> Vid. P. GÓMEZ MAGAN, "Síndrome de Alienación Parental (SAP)", *Revista de derecho de familia*, N° 38, 2008, p. 66.

<sup>120</sup> 1. Una campaña de denigración manifestada mediante palabras o actos en los que el menor participa de forma activa; 2. Justificaciones débiles, absurdas o frívolas para la desaprobación; 3. Ausencia de ambivalencia, de tal manera que el menor considera que todo es bueno en un padre y todo es malo en el otro; 4. El «fenómeno del pensador independiente», que hace que el menor manifieste su autonomía en su actitud y afirme no haber sido influenciado por nadie; 5. Apoyo reflexivo al padre alienador en el conflicto parental; 6. Ausencia de culpabilidad por el odio que tiene hacia uno de sus progenitores; 7. La presencia de escenarios prestados, de tal manera que el menor cuenta hechos que no han sido vividos por él y utiliza expresiones que no son propias de su edad; y 8. Extensión del odio hacia la familia y los amigos del progenitor alienado —vid. A. ESCUDERO NAFS, L. AGUILAR REDORIA, y J. DE LA CRUZ LEIVA, Julia, "La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP)...cit.", pp. 287-288.

<sup>121</sup> Vid. Asociación Americana de Psiquiatría, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, American Psychiatric Publishing, 2013, 5<sup>a</sup> ed.

<sup>122</sup> Vid. O.M.S., *Clasificación Internacional de Enfermedades: décima versión*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2009, 8<sup>a</sup> ed.

<sup>123</sup> Posteriormente le seguirían muchas otras: STEDH 2 septiembre 2010 —*Mincheva vs. Bulgaria*— (TEDH 2010\91), STEDH 2 noviembre 2010 —*Piazzi vs. Italia*— (JUR 2010\360648), STEDH 11 enero 2011 —*Bordeianu vs. Moldavia*— (JUR 2011\2703) y STEDH 20 diciembre 2011 —*Prodelalova vs. República Checa*— (TEDH 2011\111).

<sup>124</sup> Vid. J.M. AGUILAR CUENCA, S.A.P.: *Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara, 2004, p. 67; y J.L. OROPEZA ORTÍZ, "Síndrome de Alienación Parental: Actores Protagonistas", *Revista Internacional de Psicología*, Vol. 8, N° 2, julio 2007, p. 1.

parte de uno de sus progenitores<sup>125</sup>. Aunque esta es una cuestión que hay que valorar con especial cautela, ya que en ocasiones la manipulación del progenitor alienador puede llegar al extremo de hacer creer al menor que ha sido víctima de abusos cuando en realidad no es cierto<sup>126</sup>.

**121.** Ni la normativa italiana ni la española prevén ningún tipo de solución a la alienación parental —de hecho, ni siquiera la mencionan—<sup>127</sup>, por lo que han sido jurisprudencia y doctrina las que han propuesto diversas soluciones. En el marco del Derecho civil, la consecuencia más habitual —y que la doctrina mayoritaria considera acertada<sup>128</sup>— cuando se detecta la presencia de alienación parental en un menor es atribuir el cuidado de los hijos menores al progenitor alienado para que pueda recuperar su relación con ellos. De hecho, en la jurisprudencia italiana es posible encontrar varias sentencias que atribuyen la *collocazione*<sup>129</sup> o incluso el *affidamento esclusivo*<sup>130</sup> al progenitor alienado —si bien, ello queda supeditado a que resulte lo más conveniente para el interés superior del menor<sup>131</sup>—, tal y como sucede también en el pronunciamiento objeto de este estudio.

**122.** Además, con carácter accesorio puede resultar conveniente que las partes acudan a mediación familiar para tratar de suavizar la situación<sup>132</sup>. Así mismo, en algunos supuestos puede ser necesario que el progenitor alienador se someta a algún tipo de tratamiento o acuda a terapia, ya que no es descartable que padezca algún trastorno psíquico o patológico<sup>133</sup>, lo que explicaría su conducta. De hecho, así lo estima el Tribunal de Cagliari en el supuesto que nos ocupa, pues además de privar a Dña. Juana del *affidamento* y la *collocazione* de sus hijos menores, acuerda que se someta a cursos de tratamiento de apoyo a la maternidad.

#### f) Valoración de la posible existencia de violencia de género

**123.** El Tribunal de Cagliari también se pronuncia sobre la posible existencia de violencia de género, citando el fallo del Tribunal de Granada de 2009 que condenó a D. Francesco a tres meses de prisión por maltrato en el ámbito familiar; aunque no lo considera determinante para la determinación del régimen de *affidamento* y *collocazione* en el caso concreto. Además, no tiene en cuenta la denuncia posterior que D. Juana interpone contra D. Francesco, que se encuentra parada en un juzgado italiano pendiente de diligencias.

**124.** Lo cierto es que la escasa relevancia que el Tribunal concede a esta cuestión resulta llamativa, toda vez que la posible existencia de violencia de género suele tener un peso significativo a la hora de decidir acerca de la atribución del cuidado de los hijos menores, y desde luego es razonable, dado el impacto negativo que pueden tener sobre el interés superior del menor las situaciones de violencia intrafamiliar. Es por ello que tanto en el ámbito del Derecho internacional como en el de los ordenamientos internos encontramos referencias a la necesidad de proteger a los menores ante situaciones violentas que puedan darse en el seno de la familia:

<sup>125</sup> Vid. J.I. PAZ RODRÍGUEZ, "La prueba pericial", *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2009, p. 8.

<sup>126</sup> Vid. R.A. GARDNER, "Recent Trends...cit.", p. 6.

<sup>127</sup> La ausencia de regulación de este fenómeno es una constante también en el Derecho comparado, no existiendo apenas ninguna norma que lo contemple. Un caso especial lo constituye el Derecho brasileño, que dispone de una ley específicamente creada para regular el Síndrome de Alienación Parental: Ley Ordinaria n° 12.318, de 26 de agosto de 2010.

<sup>128</sup> Vid. R.A. GARDNER, "Recent Trends...cit.", p. 7; y M. DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, "Cambio de guarda y custodia. El Síndrome de Alienación Parental. Aspectos prácticos", *Revista de derecho de familia*, N° 27, 2005, p. 307.

<sup>129</sup> Vid. Cass., 16 maggio 2019; y Trib. Cosenza, 18 ottobre 2017.

<sup>130</sup> Vid. Cass., 13 settembre 2017; Trib. Castrovillari, 27 luglio 2018; y Trib. Brescia, 19 novembre 2018.

<sup>131</sup> Vid. Cass., 16 maggio 2019.

<sup>132</sup> Vid. J.M. AGUILAR CUENCA, *S.A.P...cit.*, pp. 141 y 151; y P. GÓMEZ MAGAN, "Síndrome de Alienación Parental (SAP)...cit.", p. 72.

<sup>133</sup> Vid. P. GÓMEZ MAGAN, "Síndrome de Alienación Parental (SAP)...cit.", pp. 69 y 72.

**125.** Respecto al Derecho internacional, cabe destacar el artículo 31 del Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica y Violencia contra las Mujeres<sup>134</sup>, que impone a los Estados partes el establecimiento de «(...) *medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio*».

**126.** En nuestro ordenamiento interno, el artículo 2.2 c) de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>135</sup>, exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «*libre de violencia*». En este sentido, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género —art. 65—<sup>136</sup> y el Código Penal —art. 153 en relación al art. 46— facultan al juez para suspender o inhabilitar para el ejercicio de la guarda y custodia al inculcado por violencia de género.

**127.** Además, tanto el Código Civil —art. 92.7— como las leyes autonómicas<sup>137</sup> han abordado de forma específica esta cuestión al regular la guarda y custodia, recogiendo la violencia doméstica como una causa de exclusión de la misma. Centrándonos en el régimen del Código Civil, el artículo 92.7 excluye de la guarda y custodia al progenitor que «*esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*». La jurisprudencia mayoritaria ha considerado que se trata de una regla taxativa, de modo que el juez carece de discrecionalidad para pronunciarse en sentido diverso<sup>138</sup>.

**128.** A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, la normativa italiana no prevé los efectos que tiene la existencia de violencia de género en la atribución del *affidamento* y la *collocazione* de los hijos menores, lo que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina italiana, que aboga por su inclusión<sup>139</sup>. Y es que, los artículos 130.2 y 133.1 del *Codice Civile* se limitan a facultar al juez para excluir del cuidado del menor al progenitor que lo ha maltratado o ha abusado de él, lo que en puridad no incluiría los supuestos en los que la violencia se ejerce sobre la madre. No obstante, la jurisprudencia ha llevado a cabo una interpretación flexible de los mencionados preceptos y ha incluido los supuestos de violencia de género, por considerar que cualquier tipo de violencia intrafamiliar supone un maltrato hacia el menor. Así, es posible encontrar numerosos pronunciamientos en los que se atribuye el *affidamento esclusivo* de los menores a la madre ante la presencia de conductas constitutivas de violencia de género por parte del padre<sup>140</sup> —en alguna ocasión, se opta incluso por el *affidamento superesclusivo*<sup>141</sup>—. Para ello, la jurisprudencia también se ha apoyado en el artículo 337 *quater* del *Codice Civile*, que ya hemos visto que reserva el *affidamento esclusivo* para aquellos casos en los que quede acreditado que el *affidamento condiviso* resulta contrario al interés del menor.

<sup>134</sup> Vid. BOE de 6 de junio de 2014.

<sup>135</sup> Vid. BOE de 17 de enero de 1996.

<sup>136</sup> Vid. BOE de 29 de diciembre de 2004.

<sup>137</sup> Vid. art. 80.6 del Código del Derecho Foral de Aragón (BOA de 29 de marzo de 2011), art. 233-11.3 del Código Civil de Cataluña (DOGC de 21 de agosto de 2010), Ley 71 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE de 7 de marzo de 1977) y art. 11.3 de la Ley del País Vasco 7/2015 (BOPV de 10 de julio de 2015). Vid. también: art. 5.6 de la anulada Ley valenciana 5/2011 (DOCV de 5 de abril de 2011).

<sup>138</sup> Vid. STS 7 abril 2011 (RJ 2011\3152), STS 22 julio 2011 (RJ 2011\5676), STS 4 febrero 2016 (RJ 2016\494), STS 25 abril 2016 (RJ 2016\1712) y STS 26 mayo 2016 (RJ 2016\2292).

<sup>139</sup> Vid. G. CACCIAPUOTI *et. al.*, Proposte di modifica all'ordinamento civile e penale in tema di violenza contro le donne. <https://www.personaedanno.it/articolo/proposte-di-modifica-all-ordinamento-civile-e-penale-in-tema-di-violenza-contro-le-donne> (fecha última consulta: 28/11/2019); y A. PANETTA, "Trattamento e riconoscimento della violenza in famiglia nei procedimenti di separazione, divorzio e affidamento dei figli", *Rivista di Psicodinamica Criminale*, noviembre, 2018, p. 24.

<sup>140</sup> Vid. a modo de ejemplo: Trib. Catania, 18 maggio 2006; App Ancora, 22 novembre 2006; Trib. Pisa, 14 febbraio 2007; Trib. Min. L' Aquila, 15 giugno 2007; Trib. Pienza, 23 ottobre 2008; Trib. Roma, 27 gennaio 2015; Trib. Milano, 10 dicembre 2015; Trib. Roma 16 giugno 2017; Trib. Roma, 21 settembre 2018; y Trib. Trani, 28 settembre 2018

<sup>141</sup> Vid. Trib. Milano, 20 marzo 2014; y Trib. Roma, 16 giugno 2017.

**129.** En cualquier caso, la exclusión del *affidamento* y la *collocazione* para el progenitor acusado de violencia de género no se configura como una regla taxativa —nuevamente, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho—, lo que supone que el juez cuenta con amplia discrecionalidad para valorar las circunstancias concurrentes<sup>142</sup>. No en vano, ya hemos visto que en el supuesto que nos ocupa el Tribunal de Cagliari ha considerado que la condena por violencia de género que recibe D. Francesco en el año 2009 y la existencia de una denuncia por violencia de género que se encuentra en trámite no son causa suficiente para excluirle del *affidamento* y la *collocazione* sobre sus hijos menores.

## 2. Régimen de visitas

**130.** Cuando la *collocazione* del menor se atribuye con carácter exclusivo a uno de los dos progenitores, resulta necesario determinar el modo en el que el progenitor que no convive con el menor va a relacionarse con él<sup>143</sup>. De hecho, el *Codice Civile* italiano prevé que, en aquellos casos en los que se establece la *collocazione esclusiva*, es necesario con carácter general establecer un régimen de relación en favor del progenitor con el que el menor no conviva; y ello, con independencia del régimen de *affidamento* que se establezca —art. 337 *quater*.2 del *Codice Civile* italiano—. La misma regla prevé nuestro Código Civil para los supuestos de guarda y custodia exclusiva —art. 94.1—<sup>144</sup>, al igual que todas las normas autonómicas que han entrado a regular en esta materia<sup>145</sup>.

**131.** Al tiempo que el menor pasa con el progenitor *no collocatario* se le han dado diversas denominaciones en el Derecho italiano: *regime minimo di incontro*<sup>146</sup>, *disciplina dei tempi in cui il padre può e deve tenere con sé il minore*<sup>147</sup>, *tempi de permanenza presso il padre*<sup>148</sup>, etc. Lo mismo ocurre en el Derecho español, en el que se utilizan expresiones tales como régimen de visitas<sup>149</sup>, régimen de comunicación y estancia<sup>150</sup>, tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía<sup>151</sup>, etc.

**132.** Respecto a la configuración concreta del régimen de visitas, a falta de previsión expresa por parte del *Codice Civile* italiano, la doctrina ha señalado que el juez cuenta con una amplia discrecionalidad para determinar el régimen de visitas que mejor se acomode al interés superior del menor<sup>152</sup>. Lo mismo ocurre en el caso del Código Civil y de las diferentes normas autonómicas, pues tampoco prevén regla alguna para la configuración concreta del régimen de visitas.

<sup>142</sup> Vid. G. FAVA, “Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà”, *Giurisprudenza di merito*, fasc.12, 2008, p. 1; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...* *cit.*, p. 189.

<sup>143</sup> Vid. G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso ...cit.”, p. 1153.

<sup>144</sup> Sin embargo, ni el Código español ni el italiano han previsto expresamente la posibilidad de fijar un régimen de visitas en los supuestos en los que el tiempo de permanencia del menor con uno y otro progenitor es semejante —supuestos de *collocazione alternata* o de guarda y custodia compartida—. En cualquier caso, cabe entender que ello no es óbice para que pueda establecerse un régimen de visitas en favor del progenitor que no se encuentre junto al menor en cada momento, lo que puede resultar especialmente conveniente cuando los periodos de alternancia sean muy amplios.

<sup>145</sup> Vid. art. 80.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), art. 233-1.1 a) Ley 71 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (*op.cit.*) y art. 9.6 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). Vid. también: art. 5.4 de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril (*op.cit.*).

<sup>146</sup> Vid. Trib. Bari, 13 settembre 2006.

<sup>147</sup> Vid. Trib. Trani, 5 aprile 2007.

<sup>148</sup> Vid. Trib. Viterbo, 12 ottobre 2006; y Trib. Messina, 5 settembre 2007.

<sup>149</sup> Vid. art. 94.1 del Código Civil, art. 80.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), Ley 71 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (*op.cit.*) y arts. 9.6 y 11.1 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*).

<sup>150</sup> Vid. 90.1 a) Cc, art. 77.2 a) del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), art. 233-1.1 a), 233-9.2 d), 233-9.2 e) y 234-4.1 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y arts. 5.2 a).3, 9.6, 11.3, 11.4 y 11.6 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). Vid. también: arts. 4.2 a) y 5.7 de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril (*op.cit.*).

<sup>151</sup> Vid. art. 103.1 del Código Civil.

<sup>152</sup> Vid. G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso ...cit.”, p. 1154.



**133.** En el supuesto que estamos estudiando, el Tribunal de Cagliari establece que los hijos menores estarán en compañía de Dña. Juana la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano; así como un fin de semana alterno, en caso de que esta resida en Italia, o un fin de semana de cada cinco, si vive en España o en cualquier otro país. Y es que, ya hemos visto que el lugar de residencia de los progenitores es un criterio que no solo entra en juego para determinar el régimen de *affidamento* y *collocazione*, sino también para fijar el régimen de visitas, que como regla general será más reducido cuando el progenitor *no collocatario* habite a una distancia considerable del lugar de residencia del menor, tal y como ocurre en el presente caso.

**134.** Por lo demás, el Tribunal de Cagliari no atiende a la petición de D. Francesco, que solicitaba que se prohibiera la salida de los niños de Italia con objeto de evitar una nueva sustracción por parte de la madre. Para ello, el Tribunal tiene en cuenta el cambio de actitud de Dña. Juana, que ha manifestado su disposición a cumplir con las medidas civiles que se establezcan.

### 3. Alimentos

**135.** El artículo 30 de la *Costituzione* italiana impone a ambos progenitores la obligación de mantener a sus hijos; y lo mismo cabe deducir del artículo 39.3 de nuestra Carta Magna, que señala que los padres deben presentar asistencia de todo orden a sus hijos menores. Para cumplir con dicho mandato, resulta necesario concretar el modo en el que cada progenitor va a contribuir a sufragar los gastos —tanto ordinarios como extraordinarios— de sus hijos menores tras la ruptura de la pareja. Comenzaremos refiriéndonos a los gastos ordinarios.

**136.** El artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile* dispone que, salvo que las partes acuerden otra cosa, cada progenitor debe contribuir al mantenimiento de los hijos menores de forma proporcional a sus ingresos. También el Derecho español sigue el criterio de la proporcionalidad para determinar la cuantía que cada progenitor debe aportar para el mantenimiento de sus hijos en defecto de acuerdo de las partes<sup>153</sup>.

**137.** No obstante, las reglas previstas por el Derecho español e italiano para determinar el modo preciso en el que cada progenitor va a contribuir a satisfacer los gastos ordinarios de los menores no son coincidentes —aunque, como vamos a ver a continuación, en la práctica el sistema no es tan diferente—.

**138.** En cuanto al Derecho italiano, la doctrina viene interpretando que, cuando se establece el régimen de *affidamento condiviso*, el *Codice Civile* prevé el mantenimiento directo por parte de cada uno de los padres, y ello con independencia de si se fija la *collocazione alternata* o la *esclusiva*<sup>154</sup>. Para llegar a dicha conclusión, parte de lo dispuesto en el artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile*, que limita la posibilidad de establecer el pago de una pensión periódica a aquellos casos en los que el juez lo estime necesario, por lo que parece atribuirle un carácter excepcional.

**139.** Respecto a los supuestos en los que se fija un régimen de *affidamento esclusivo*, existe unanimidad en la doctrina italiana en considerar que el establecimiento del pago de una pensión periódica a cargo del progenitor *no affidatario* se configura como la única opción posible, pues se torna complicado que este pueda asumir de forma directa el abono de los gastos del menor cuando ni tan siquiera interviene en la adopción del grueso de las decisiones relativas al mismo<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Vid. arts. 145 y 146 del Código Civil, arts. 82.1, 81.2 y 81.3 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), arts. 237-7.1 y 237-9.1 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y art. 5.2 b) de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). Vid. también: art. 7.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril (*op.cit.*).

<sup>154</sup> Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 105; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla "bigenitorialità"...* *cit.*, p. 154; y G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", pp. 1166 y 1169.

<sup>155</sup> Vid. por todos: G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", p. 1170.

**140.** Como advertíamos, las reglas que se siguen en el Derecho español no son coincidentes con las que hemos visto que recoge el Derecho italiano. El artículo 93 del Código Civil guarda silencio, y jurisprudencia y doctrina han ido estableciendo opciones diversas en función del régimen de guarda y custodia que se acuerde. Al respecto, cuando se establece un régimen de guarda y custodia exclusiva, la regla general es que el progenitor al que se le ha atribuido la guarda y custodia contribuya al mantenimiento de sus hijos menores satisfaciendo los gastos que conlleva tener a los hijos en su casa y en su compañía<sup>156</sup> y el no custodio lo haga a través del pago de una pensión de alimentos<sup>157</sup>. Respecto a los supuestos de custodia compartida, existen varias posibilidades: lo más habitual es que se establezca un sistema de mantenimiento directo<sup>158</sup>, pero en ocasiones se opta por abrir una cuenta bancaria común a la que los padres van aportando dinero<sup>159</sup>. Incluso es posible encontrar supuestos en los que se establece el pago de una pensión de alimentos a cargo del progenitor que cuenta con una mejor posición económica<sup>160</sup>.

**141.** Volviendo al ordenamiento italiano, lo cierto es que en la práctica es habitual que los tribunales se aparten del tenor del artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile* y fijen una pensión periódica a cargo de uno de los padres, también en los supuestos de *affidamento condiviso*<sup>161</sup>. Y resulta razonable, pues parece complicado que el principio de proporcionalidad pueda hacerse efectivo mediante el mantenimiento directo, salvo que se acuerde una *collocazione* paritaria entre ambos progenitores y estos cuenten con una capacidad económica similar<sup>162</sup>. De hecho, en el caso que nos ocupa, el Tribunal de Cagliari fija una pensión de alimentos a cargo de Dña. Juana de 300 € mensuales (150 € por cada hijo).

**142.** Cuando el juez opte por el establecimiento de una asignación periódica —que como venimos señalando, en la práctica es lo más frecuente—, deberá hacerlo de acuerdo a cinco criterios establecidos por el artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile*. Aquí encontramos otra diferencia con nuestro ordenamiento jurídico, pues el Código Civil español no menciona los criterios a los que debe atender el juez para establecer la cuantía de la obligación de alimentos —algo que sí han hecho la mayoría de normas autonómicas<sup>163</sup>—.

**143.** Los criterios previstos por el artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile* italiano son los siguientes: (1) Las necesidades actuales de los hijos, (2) El estilo de vida del que ha disfrutado el hijo durante la convivencia de sus progenitores, (3) Los tiempos de permanencia con cada progenitor, (4) Los recursos económicos de ambos progenitores, y (5) La valoración económica de las tareas domésticas y de cuidado asumidas por cada progenitor. Como se observa, la finalidad de los dos primeros criterios es determinar los recursos que precisa el mantenimiento del menor, mientras que los otros tres tienen por objeto especificar el modo en el que deben distribuirse las obligaciones entre los progenitores.

**144.** El tercer criterio y el quinto guardan relación con el régimen de *collocazione* de los hijos menores. De hecho, también la jurisprudencia<sup>164</sup> y doctrina<sup>165</sup> italianas vienen señalando que deberá tenerse especialmente en cuenta el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los padres —en

<sup>156</sup> Vid. STSJ Aragón 30 septiembre 2013 (RJ 2014\1186). Vid. también: J.A. SERRANO GARCÍA, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 35, 2014, p. 54.

<sup>157</sup> Vid. J.A. SERRANO GARCÍA, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...cit.", p. 54.

<sup>158</sup> Vid. STS 19 julio 2013 (RJ 2013\5002), SAP Alicante 30 octubre 2013 (JUR 2014\7998), SAP Valencia 15 septiembre 2014 (JUR 2014\271348) y SAP Castellón 3 octubre 2014 (JUR 2015\56255).

<sup>159</sup> Vid. SAP Zaragoza 29 marzo 2011 (AC 2011\481), SAP Cádiz 3 octubre 2012 (JUR 2013\7303) y SAP Valencia 14 octubre 2013 (JUR 2013\351228).

<sup>160</sup> Vid. SAP Santa Cruz de Tenerife 2 marzo 2012 (JUR 2012\206214), SAP Zaragoza 19 febrero 2013 (JUR 2013\111726) y SAP Baleares 19 mayo 2014 (JUR 2014\179797).

<sup>161</sup> Vid. Cass., 18 agosto 2006; Cass., 20 gennaio 2012; Cass., 8 giugno 2012; y Trib. Napoli, 4 novembre 2013.

<sup>162</sup> Vid. G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", p. 1153.

<sup>163</sup> Vid. art. 82.2 del Código Foral de Aragón (*op.cit.*), art. 237-9.1 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y art. 10.3 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*).

<sup>164</sup> Vid. Cass., 4 novembre 2009; y Trib. Napoli, 4 novembre 2013.

<sup>165</sup> Vid. S. GIULIANO, "Il mantenimento dei figli minori", en VV AA, *Affidamento condiviso e diritti dei minori —coord. M. DOGLIOTTI—*, Lex Nova, Torino, 2008, p. 78; y C. GRASSI, "Potestà genitoriale...cit.", p. 3.

otras palabras, el régimen de *collocazione*—. Parece lógico, ya que el progenitor *collocatario* es el que va a asumir la cobertura de las necesidades cotidianas del menor<sup>166</sup>. A ello hay que añadir el coste de oportunidad que padece el progenitor que asume de forma predominante el cuidado diario de los menores, pues destina un tiempo a ello que bien podría dedicar a realizar alguna actividad económica que le reportara un rendimiento pecuniario. Si nos fijamos en el Derecho español, podemos observar que todas las normas autonómicas que han recogido los criterios para establecer la cuantía de la obligación de alimentos incluyen entre ellos el tiempo de permanencia del menor con cada uno de los progenitores<sup>167</sup>.

**145.** La doctrina italiana ha apuntado que también debe tenerse en cuenta la asignación que se haga del uso sobre la vivienda familiar<sup>168</sup>. De hecho, pese a que el *Codice Civile* no lo incluye entre los criterios recogidos en el artículo 337 *ter.5*, al regular la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar prevé que dicha atribución será tenida en cuenta en la regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges —art. 337 *sexies.1*—. De nuevo, es un criterio que también han recogido algunas normas autonómicas en nuestro país<sup>169</sup>.

**146.** Por lo demás, la utilidad de los mencionados criterios no se limita a aquellos supuestos en los que se establezca el pago de una pensión periódica —aunque así parece desprenderse de la ley—, sino que también pueden extenderse analógicamente a los casos en los que se acuerde un sistema de mantenimiento directo, sirviendo como instrumento para modular la proporción en la que debe contribuir cada progenitor a los gastos de los hijos menores<sup>170</sup>.

**147.** En relación con los gastos extraordinarios, el *Codice Civile* italiano no recoge ninguna previsión respecto al modo en el que deben sufragarse. Ante el silencio del *Codice Civile*, la jurisprudencia ha considerado que resulta de aplicación la regla recogida en el artículo 337 *ter.5*, por lo que los gastos extraordinarios se sufragarán conforme a lo acordado por los progenitores, y, en defecto de acuerdo, ambos contribuirán en forma proporcional a sus recursos económicos<sup>171</sup>.

**148.** El Código Civil español tampoco regula de forma específica el modo en el los progenitores han de contribuir a los gastos extraordinarios de sus hijos menores, por lo que cabe entender que se sufragarán de acuerdo al principio de proporcionalidad, por ser esta la regla general en materia de alimentos —arts. 145 y 146 del Código Civil—. Lo mismo cabe decir en el caso de los ordenamientos autonómicos, pues la mayor parte de ellos se remiten también al principio de proporcionalidad<sup>172</sup>.

**149.** En el supuesto que estamos analizando, el Tribunal del Cagliari establece que cada progenitor deberá abonar el 50 % de los gastos extraordinarios, entre los que incluye expresamente algunos, como los de tipo médico que no cubre el sistema público de salud italiano, o las facturas sobre asuntos lúdicos o deportivos.

<sup>166</sup> Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 108.

<sup>167</sup> Vid. art. 82.3 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), art. 233-10.3 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y art. 10.3 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*).

<sup>168</sup> Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 122; y S. GIULIANO, “Il mantenimento dei figli minori...cit.”, p. 78.

<sup>169</sup> Vid. arts. 233-20.1 y 233-20.7 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y arts. 5.2 c) y 10.3 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). Vid. también: art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril (*op.cit.*).

<sup>170</sup> Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, pp. 104 y 105.

<sup>171</sup> Vid. por todas: Cass., 8 giugno 2012.

<sup>172</sup> Vid. art. 82.4 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*) y art. 10.3.2 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). La misma regla recogían también la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril —art. 7.3— (*op.cit.*).