

Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo: como régimen legal supletorio y con oposición de uno de los padres como un régimen especial*

The two ways of shared custody in case the parents do not agree: as a supplementary legal regime and with an opposition of one of the parents as a special regime

Rodrigo Barcia Lehmann**

RDP

“...no me resisto a transcribir una valoración —que comparto— de la juez María Sanahuja. Dice así: «si queremos superar el modelo de la caverna —él caza, ella se ocupa de la prole— crecer profesionalmente y enriquecer a nuestros hijos, la custodia compartida tiene que ser nuestro modelo».”

Delgado del Río

RESUMEN

El presente artículo justifica la custodia compartida, aun con oposición de uno de los padres, tanto como régimen legal supletorio preferen-

* El presente artículo forma parte de la investigación titulada: “Facultades y deberes del padre no custodio”, Proyecto Fondecyt 1150454, 2015-2016, que tiene al autor como investigador responsable y al doctor Gonzalo Ruz como coinvestigador.

** Doctor en derecho civil por la Universidad Complutense de Madrid, 2002. Profesor de derecho civil en la Facultad de Derecho en la Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: rbarcia@uft.cl.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

te como también como régimen específico dentro de un sistema de custodia exclusiva. La custodia compartida se sustenta en los derechos fundamentales de los NNA (principios del interés superior y corresponsabilidad), pero especialmente en estudios empíricos. Además, plantea los distintos aspectos en los cuales el juez debe detenerse al momento de concederla, con especial atención al criterio de la conflictividad de los padres.

PALABRAS CLAVE: custodia y cuidado personal compartido, corresponsabilidad de los padres, igualdad de los padres, interés superior del niño.

ABSTRACT

This article justifies shared custody, even with opposition from one of the parents, both as a preferential legal regime and also as a specific regime within an exclusive custody system. Shared custody is based on the fundamental rights of children (principles of superior interest and parental co-responsibility), but especially in empirical studies. In addition, it raises the different aspects in which the judge must stop when granting it, with special attention to the criterion of parents' conflict.

KEY WORDS: shared custody, parental co-responsibility, equality of parents, the best interests of the child

Sumario

1. Introducción.
2. La custodia compartida como régimen legal general y supletorio.
 - A. Los argumentos a favor de la custodia compartida.
 - B. El derecho comparado en torno a la custodia compartida.
3. La custodia compartida como régimen judicial especial.
 - A. La situación española.
 - B. La custodia compartida con oposición en el derecho chileno.
4. Conclusiones generales en torno a la custodia compartida con oposición de uno de los padres.
5. Bibliografía.

1. Introducción***

El presente trabajo analiza la custodia compartida en caso de que los padres no se pongan de acuerdo; es decir, como régimen legal general y supletorio, y régimen especial en sistemas de custodia unilateral, exclusiva o indistinta. En el fondo, la custodia compartida es una medida que debe contemplar el ordenamiento jurídico conforme al interés superior del niño; y ello, es evidente desde que los distintos ordenamientos no están obligados a adoptar la custodia compartida como un régimen legal general y supletorio, pudiendo perfectamente optar por la custodia unilateral, exclusiva o indistinta; no obstante, si la custodia compartida en concreto es lo mejor para el NNA, el juez debe poder declararla.

El modelo de custodia compartida ha probado ser el más adecuado e impera en muchos países de origen latino, como Francia e Italia, y del *common law*, como Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Canadá y Nueva Zelanda, así como en Alemania.¹ De este modo, el régimen de custodia compartida se está transformado aceleradamente en el régimen legal general y supletorio, tanto a nivel legal como a nivel judicial. El derecho de la infancia —como se señala en el Acta de discusión de Reforma italiana del Proyecto de Ley—, que terminó modificando el artículo 155 del CCI, debe mutar desde una concepción del padre no custodio como garante de los derechos de la infancia, a un sistema de deberes y facultades conjuntos.² Este régimen en la mayoría de estos

*** ABREVIATURAS: BBI = *Beyond the Best Interests of the Child*; BGB = *Bürgerliches gesetzbuch*; BOE = *Boletín Oficial del Estado*; CA = *Corte Apelaciones [Chile]*; CC = *Código Civil de Chile*; CCE = *Código Civil Español*; CCI = *Código Civil Italiano*; CC y C = *Código Civil y Comercial Argentino*; CDN = *Convención de derechos del niño [Naciones Unidas]*; LMC = *Ley de matrimonio civil [Chile]*; NNA = *Niño, niña o adolescente*; PSPE = *Padres soltero por elección*; STCE = *sentencia tribunal constitucional español*.

¹ Un informe presentado por la Asociación de Mujeres Juristas-Themis sostiene que el modelo de responsabilidad parental conjunto; es decir, aquellos que a lo menos contemplan la posibilidad de la custodia compartida, es el general en Europa en los casos de ruptura o separación de los padres, disponible en: <http://www.amecopress.net/spip.php?article236>).

² Senato della Repubblica, XVII Legislatura Fascicolo Iter DDL S. 1163, pp. 8-12, disponible en: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/42930.pdf>.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

ordenamientos jurídicos se adoptó de forma paulatina, ya que en ellos imperaban sistemas de asignación a favor de la madre.³

La mayoría de estos países otorgaron el cuidado personal al padre vía jurisprudencia, y, luego, mediante reformas legales, atribuyeron el cuidado a uno de los padres —conforme al interés superior—, asignando deberes y facultades de filiación exclusivos y conjuntos, conforme al principio de igualdad de los padres, como una forma de manifestación del principio del interés superior del niño.⁴ El establecimiento de deberes y facultades para el padre que no custodia en los hechos condujo a que estos regímenes fueran evolucionando hacia otros de corresponsabilidad conjunta, en primer lugar, y de custodia compartida, después. Ello sucedió antes de que dichos ordenamientos jurídicos se inclinaran definitivamente por el cuidado conjunto o la custodia compartida a través de reformas legales, y en la mayoría, primeramente, se adoptó vía jurisprudencial, o legal, la custodia compartida con oposición de uno de los padres de forma especial.

Chile, a raíz de la reforma de 2013, se encuentra en un estadio intermedio, por cuanto dicha ley suprimió la regla de la superioridad materna y aumentó sustancialmente los deberes y facultades del padre no custodio, y conjuntos a través de la corresponsabilidad (artículo 224, CC). Sin perjuicio, la regulación del cuidado personal compartido ha dado lugar a serios problemas de aplicación e interpretación. A este respecto, es especialmente relevante el derecho español, país que aún no establece un régimen de cuidado compartido legal y supletorio, lo que no ha impedido que, aun cuando no se había regulado la custodia compartida con oposición, como se hizo en 2005, se decretaran cus-

³ Los deberes y facultades de los padres con relación a los hijos recibe distintos nombres en los distintos ordenamientos jurídicos. En el presente trabajo se recurre a la terminología propia de cada país, que no coincide necesariamente con la nuestra. El ejemplo más evidente de ello es la patria potestad, que entre nosotros atiende a los aspectos patrimoniales, pero en el derecho español y en el francés —antes de ser dejada sin efecto en este último ordenamiento jurídico— afecta y afectaba aspectos patrimoniales y personales.

⁴ En este trabajo se utiliza la expresión “deberes” —facultades para referirse a los efectos de la relaciones de filiación—, aunque la doctrina suele señalar varias acepciones a este respecto. Espejo, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en Lepin, Christian y Gómez de la Torre, Maricruz (eds.), *Estudios de derecho de familia I*, Santiago, Thomson-Reuters, 2016, pp. 197-209.

todias compartidas con oposición de un padre.⁵ Independientemente de esto, es necesario aclarar que tanto la custodia exclusiva como la compartida, con independencia de la regla general legal y supletoria que se adopte, deben convivir en los distintos ordenamientos jurídicos.⁶

Finalmente, un objetivo del presente trabajo es dejar en claro que en Chile, independientemente de que la custodia exclusiva sea el régimen legal y supletorio, la custodia compartida es una herramienta a la que puede recurrir el juez, aunque sólo sea como un régimen especial, en cuanto dicho cuidado personal proceda conforme a los principios del interés superior del niño y corresponsabilidad.⁷

A continuación, se analizarán los dos regímenes de custodia compartida a falta de acuerdo de los padres.

2. La custodia compartida como régimen legal general y supletorio

Las objeciones al régimen de custodia compartidas son conocidas, por lo que no serán reproducidas en el presente trabajo. Sin perjuicio de

⁵ Las críticas a la reforma española de 2005 se centraron precisamente en que no se haya establecido como régimen legal y judicial supletorio a la custodia compartida. Cruz trae a colación, la regulación del Estado de Maine, en el cual ambas formas de custodia conjunta son las supletorias, y el juez puede conceder la custodia indistinta, pero dando las razones para negar la coparticipación de los derechos y responsabilidad parentales. Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A; Domestic Relations § 1653, sub-§1 de 21 de septiembre de 2001. Cruz Gallardo, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid, La Ley, 2012, p. 184.

⁶ A este respecto, Guilarte señala que: "...ni la guarda exclusiva ni la guarda compartida o alternativa son el molde perfecto adaptable a todas las situaciones que pueden originarse en la realidad social, que es rica en diversidad...". Guilarte, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del tribunal supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 27.

⁷ Picontó señala que adaptar la distribución de la guarda y custodia atendiendo a la dinámica de cada familia sería lo óptimo, evitando aplicar el mismo modelo a todas las familias. Ello con la finalidad de lograr soluciones realizables, respetuosas con las preferencias de cada familia, que permitan la continuidad de las relaciones de los hijos con sus padres, que atiendan a los acuerdos anteriores a la ruptura, y que mitiguen el enfrentamiento entre ellos. Picontó, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad: un análisis comparado", en Picontó, Teresa (ed.), *Custodia compartida, Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas*, núm. 56, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 2010, p. 74.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

ello, se analizarán en la primera parte de esta sección las razones por las que la custodia compartida se está imponiendo sobre la custodia exclusiva a favor de uno de los padres. Naturalmente, este razonamiento, también justifica la custodia compartida con oposición de uno de los padres dentro de un sistema de custodia exclusiva; en la segunda, se abordará la custodia compartida en el derecho comparado.

A. Los argumentos a favor de la custodia compartida

Los estudios e investigaciones sociales y psicológicas que se señalan a continuación son relevantes por cuanto en Chile es común hablar del “el mito del niño maleta”, entendiendo que está comprobado que la custodia compartida es negativa para los NNA; pero como se verá, la evidencia empírica es más bien la contraria. A dicho efecto, también se recurrirá al derecho comparado, que ha estado inclinándose desde la custodia exclusiva a la compartida en forma cada vez más relevante.

a. Los estudios e investigaciones sociales y psicológicas son favorables a la custodia compartida

Robert Bauserman señala que ha revisado treinta y tres estudios sobre custodia exclusiva y compartida, comparados ambos grupos con hijos de padres que no estaban separados; los hijos que estaban en regímenes de custodia compartida tenían menos problemas de comportamiento y emocionales, una mayor autoestima y unas mejores relaciones familiares y rendimiento escolar, en comparación con aquellos en situaciones de custodia exclusiva. El informe agrega que no encontró diferencias significativas entre los niños que estaban bajo custodia compartida y aquellos que vivían con ambos padres. Incluso, los niños con custodia compartida tenían unas relaciones de mejor calidad que los niños que viven con ambos padres, porque los padres, durante su tiempo de custodia exclusiva, destinaban considerablemente más tiempo para sus hijos. A ello se suma que los padres con custodia exclusiva

eran los que mantenían el más alto nivel de conflictividad. A este respecto, Bauserman señala que “fueron los padres con custodia exclusiva los que informaron niveles más altos de conflictividad”, y que la custodia compartida reduce el nivel de conflicto de los padres a lo largo del tiempo. Naturalmente, la custodia compartida excluye el que en uno de los padres sea negligente.⁸

En los Estados Unidos, un informe similar fue elaborado por Batt. Dicho autor descarta el *Goldstein, Freud, Solnit model*, conocido también como BBI model, que ha servido de base para la custodia exclusiva. El modelo establecía que los NNA requerían de una figura de estabilidad, en la medida en que los padres se separaban, por lo que el derecho debía optar por que los hijos fueran criados por uno solo de los padres, dejando al otro con un acceso restringido a sus hijos.⁹ Los conceptos fundamentales del BBI model son *continuity of relationship* y *psychological parent*. Estas nociones permiten fundamentar el cuidado exclusivo a uno de los padres, o incluso a los abuelos. Lo esencial es que el menor tenga estabilidad emocional, ya que se presume como dañado de forma irremediable. Batt se refiere a varios estudios (como el de Joan MacFarlane de Berkeley, California) que son contrarios a la extrema vulnerabilidad que sostiene el *BBI model* respecto de estos menores y los cambios de custodia.¹⁰ Como

⁸ Bauserman, Robert, “Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review”, *Journal of Family Psychology*, Canada, vol. 16, núm. 1, pp. 91-102, disponible en: <http://canadiancrc.com/Fatherlessness/fam16191.pdf>.

⁹ En este sentido, Batt señala que “[F]urther, the model establishes that the law must act to maximize the child’s opportunity to be in a family where he or she is wanted, receives affection on a continuing basis, learns how to give affection and is taught to cope with his or her aggressive impulses” y “Goldstein, Freud and Solnit contend that the young child who suffers from some substantial disruption of continuity of relationship will grow up to be less than psychologically normal. The authors of the paradigm stress the significance of disturbances of continuity; even periodic court-ordered visitation is detrimental to continuity of relationship which exists between child and custodian”. Batt, John, “Child Custody Disputes and the Beyond the Best Interests Paradigm: A Contemporary Assessment of the Goldstein/Freud/Solnit Position and the Group’s Painter v. Bannister Jurisprudence”, *Nova Law Review*, Estados Unidos, vol. 16, núm. 2, 1992, p. 627.

Kelly, Joan B., “Further Observations On Joint Custody”, *University of California, Davis, Law Review*, Estados Unidos, vol. 16, núm. 3, 1983, p. 762.

¹⁰ Estos estudios a diferencias de los planteados en el *BBI model* presentan importante evidencia clínica. Batt, John, *op. cit.*, pp. 640 y 641.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

es natural, el *BBI model* se presentó como totalmente contrario a la custodia compartida.¹¹

Batt señala que la evidencia posterior, confirmada por estudios de campo e investigaciones psiquiátricas, llevó claramente a concluir que es mejor la custodia compartida, que la exclusiva. Así, se ha generado evidencia de que el apoyo de ambos padres genera mucho mejores resultados que la dirección de un único padre custodio.¹² Poussin y Lamy, en el campo europeo, señalan que Jean Le Camus, profesor de psicología por la Universidad de Toulouse, ha concluido mediante sus investigaciones, que el padre tiene una doble función con respecto de su hijo: la de facilitarle el aprendizaje de unas normas y la de participar en la construcción de su identidad sexual. Además, su participación es importante en el desarrollo del lenguaje del niño y en la resolución de problemas. Otra ventaja que apuntan los autores es que la custodia compartida facilita que los adultos reconstruyan más rápidamente su vida personal.¹³

Por otra parte, se ha sugerido el siguiente modelo para concretizar la custodia compartida, desde la *Children's Rights Council* (Consejo de Derecho del Niño de Estados Unidos):

¹¹ A este respecto, Batt señala que “[i]t is the BBI position that if the parents cannot reach an agreement on joint custody, they reveal themselves as unfit to decide custody”. Professor Goldstein declares that “the court should quickly award custody to the parent of attachment” y “[N]ote that he refers to joint custody agreements as a «fad» and as «magic formulas». This is certainly strong labelling. The implication is that those who support joint custody have not truly engaged in the requisite reflection and analysis. Although the BBI group favors contact between the non-custodian and the child”, Professor Goldstein states “[e]ven if requested by both parents we would object to courts making a visitation or joint custody agreement a part of a decree”. Batt, John, *op. cit.*, pp. 661 y 662.

¹² Por sólo citar una de las referencias de Batt: “Susan Steinman, another social science researcher writing for a law journal audience, in referring to a group of joint custody children she studied stated: These children clearly had two psychological parents to whom they were positively attached and loyal, despite the marital split. This does not support the assumption in Freud, Solnit and Goldstein’s, *Beyond the Best Interests of the Child* that children cannot relate well to two separated parents who are not in positive relation to one another”. Batt, John, *op. cit.*, p. 662.

¹³ Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *Custodia compartida, cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, Madrid, Espasa-Calpe, 2005, pp. 41-51.

LAS DOS FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE QUE LOS PADRES NO ESTÉN...

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días enteros
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

FUENTE: Informe de reencuentro, disponible en: <http://es.geocities.com/apinpach/coparentalidad.htm>.

En igual sentido, en Chile, el psiquiatra Andrés Donoso y la psicóloga Sara Larraín señalan, citando a María Bacigalupo, que el régimen actual —más allá de la excepcionalidad de la guarda compartida— propicia que el padre no custodio vaya perdiendo, aunque sea de un modo inconsciente, la percepción de la propia responsabilidad respecto de sus hijos.¹⁴ Ambos autores establecen los factores negativos de la custodia exclusiva:

[E]l ejercicio de la custodia exclusiva genera una ruptura en el ejercicio de los roles parentales de ambos padres, proyectándose ante los hijos una situación descompensada, en la que uno de los padres (el custodio) tiene toda la responsabilidad afectiva, emocional, educativa y cotidiana y el otro se percibe lejano y ausente... El progenitor “custodio” adquiere en la práctica la responsabilidad completa respecto a los hijos, mientras el otro progenitor queda con un vacío de responsabilidad, esto genera conflictos en dos sentidos:

Conflicto por reivindicación. El progenitor que no vive con los hijos reclama mayor implicación y corresponsabilidad en la vida afectiva con los hijos.

¹⁴ Delgado agrega que las soluciones legales en vigor favorecen, al menos indirectamente, una situación de marginación con el consiguiente abandono y dejación de funciones del padre no custodio. Y ello supone “orientar la relación familiar hacia lo patológico”, y “...en los países en que más en serio se están tomando la ayuda a las familias con problemas graves en su convivencia o en trámites de ruptura, se actúa sobre la base de tres grandes ejes: mediación, educación, custodia compartida”. Delgado, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, España, Thomson-Reuters, 2010, pp. 255 y 278.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

Conflicto por abandono. Progenitor no se siente parte activa y reconocida en sus funciones de padre/madre y termina por distanciarse progresivamente y desentenderse de sus responsabilidades.¹⁵

b. Los fundamentos jurídicos de la custodia compartida

Los principios de la coparentalidad y corresponsabilidad han puesto de relieve la importancia de la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos,¹⁶ y la custodia compartida es una de las manifestaciones de dichos principios. La custodia compartida se ha estado imponiendo como régimen legal general y supletorio en varios países, y ello se ha fundado básicamente en estudios psicológicos que han revelado que los hijos de padres separados, que mantienen regímenes de custodia compartida, se desarrollan de mejor forma que los que tienen regímenes de cuidado exclusivo.

Poussin y Lamy destacan como ventajas del cuidado compartido que el hecho de vivir con sus dos progenitores otorgan al hijo libertad para desarrollar tanto sus raíces maternas como paternas y crecerá respetando su doble herencia: permite construir la identidad sexual del menor; para un varón, el padre se convierte en un modelo de referencia, mientras que para una niña pasa a encarnar el ideal del sexo opuesto. Con la madre ocurre lo contrario, sirve de modelo para su hija y de ideal femenino para el hijo. Ello permite que el hijo se cree las referencias que

¹⁵ Asimismo, los referidos autores agregan que “[S]e ha documentado que cerca de la mitad de los padres divorciados en EEUU y Gran Bretaña con custodia exclusiva de las madres, perdieron gradualmente el contacto con sus hijos. (Aguilar 2006). En Chile, de acuerdo con datos de 2006, el 30% de los niños no viven con su padre y un 40% de ellos no mantiene contacto. En el caso de la madre, un 7.8% de los niños señalan no vivir con la madre”. Donoso, Andrés y Larraín, Sara, “Algunas consideraciones sobre el sistema de custodia compartida”, *Revista de Familias y Terapias*, Santiago, año 17, núm. 27, 2009, pp. 62 y 63.

¹⁶ De esta forma, Delgado señala que “...la presencia de las dos figuras parentales es prioritaria para los menores en cualquier tipo de guarda que se arbitre. No sólo en los supuestos de custodia compartida... La necesaria referencia a ambos padres, la efectiva contribución de ambos progenitores —rasgo vital de la vida humana— la participación y colaboración activa de ambos padres sigue siendo una de las asignaturas pendientes en torno al tema. ...no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad —en cuanto a la guarda y custodia de los hijos— que juegue a favor de alguno de los progenitores...”. Delgado, Gregorio, *op. cit.*, 247.

le corresponden a cada adulto. En igual sentido, Delgado sostiene que “[L]a actitud de los padres, su grado de compromiso, su bagaje ético, su ejemplaridad (representación) son clave en la labor educativa y en el crecimiento equilibrado de los hijos, tanto en la situación de ruptura de la convivencia como en la de normalidad de la pareja”.¹⁷

A su vez, Villagrasa extrae de la SAP de Barcelona, sección 18a., del 20 de diciembre de 2007, las siguientes ventajas de la custodia compartida: se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores; la ruptura resulta menos traumática al evitar sentimientos negativos de culpa o de abandono en los menores; se fomenta una actitud más abierta de los hijos respecto de la separación de sus progenitores, aceptando mejor el nuevo contexto; se evitan situaciones de manipulación de los progenitores a los hijos; se garantiza la potestad o responsabilidad parental, así como la participación en igualdad de condiciones por ambos progenitores, en el desarrollo y crecimiento de los hijos; se evita el sentimiento de pérdida que se produce en el progenitor no custodio; se consigue una mayor concienciación de ambos progenitores en cuanto a la contribución a los gastos de los hijos, de manera equitativa o proporcional a su capacidad económica; no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; existe una equiparación entre los progenitores respecto de su tiempo libre y se facilita la adopción de acuerdos al tener que cooperar ambos progenitores necesariamente.¹⁸ La guarda y custodia de los hijos trae consigo el fortalecimiento de la relación paterno-filial, en detrimento del progenitor no custodio, quien no comparte el quehacer del día a día de los hijos y que es el que con el paso del tiempo moldea su personalidad.

La custodia compartida en el derecho español hace frente a la tendencia que la cotitularidad y del coejercicio de la patria potestad (que

¹⁷ Delgado, Gregorio, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸ La sentencia enumera como inconvenientes la posible inestabilidad que puede provocar en los hijos menores el cambio continuo de domicilio o los problemas de adaptación a los nuevos núcleos familiares, así como la dificultad que implica unificar criterios en las cuestiones más cotidianas.

Villagrasa Alcaide, Carlos, “La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades”, cap. 3, en Picontó, Teresa (ed.), *Custodia Compartida, Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas*, núm. 56, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, 2010, pp. 89 y 90.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

en el derecho español se refiere a los aspectos personales y patrimoniales de la filiación) se diluya en la guarda y custodia exclusiva, de manera que el progenitor que tiene asignada esta última cuenta con una posición de supremacía de hecho y de derecho, que le lleva a diseñar la orientación y la vida cotidiana del NNA.¹⁹

En Chile, la discusión a favor y en contra de la custodia compartida con alternancia de residencia se produce fuertemente a raíz de la aprobación en el Congreso de la Ley 20.680, en los siguientes términos. El profesor Nicolás Espejo, encargado de la Protección Legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en la tramitación del proyecto de ley, que dio lugar a la Ley 20.680, señala:

[E]n cuanto a las ventajas globales que presentaría la custodia compartida, señaló que las más importantes serían la posibilidad de garantizar a los hijos disfrutar la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura, lo que tornaba la nueva situación más parecida al modelo de convivencia previo a la crisis y, por lo mismo, menos traumática para los hijos; se evitarían ciertos sentimientos negativos en los menores como la sensación de abandono, el sentimiento de culpa, de negación, de suplantación o el de lealtad por uno u otro progenitor; la creación de una actitud más abierta de los hijos lo que facilitaría una mejor aceptación de la nueva situación; la posibilidad que los padres puedan seguir ejerciendo los derechos propios de la autoridad paternal en términos igualitarios o coparticipativos; la reducción del riesgo de alienación parental en el niño toda vez que no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los padres y, por último, toda vez que el sistema lleva a que éstos deben cooperar o buscar acuerdos, la custodia compartida se convierte en un modelo educativo para los hijos.²⁰

La jueza y profesora Gloria Negroni señala algo similar, en los siguientes términos:

¹⁹ Guilarte, Cristina, *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, España, Lex Nova, 2009, p. 86.

²⁰ "Historia de la Ley núm. 20.680, Introduce modificaciones al código civil y otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados". *Biblioteca del Congreso Nacional*, Chile, disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdf. pp. 159 y 160.

LAS DOS FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE QUE LOS PADRES NO ESTÉN...

[E]n cuanto a las supuestas desventajas que presentaría un régimen como el que se comenta, señaló que se ha sostenido que generaría indefinición de las funciones propias del padre y de la madre, creando una disociación para el hijo en dos mundos. Al respecto expresó que tal crítica está basada en un concepto de familia que no se condice con las estructuras familiares modernas, eminentemente variables, ligadas al funcionamiento particular de cada familia en un momento específico en el campo económico, cultural, político, ideológico y religioso. Sostuvo que para ella, la familia está constituida por los principales referentes afectivos de una persona.²¹

En contra de esta posición, Tapia señala:

[A] continuación, se preguntó si un sistema de residencia y cuidado compartido es pertinente en Chile, agregando que ni en los países donde se aplica esta modalidad hay estudios concluyentes al respecto y que, de acuerdo un estudio realizado en Francia, los menores afectos a tal sistema señalaron sentirse como permanentes viajeros... Indicó que respecto a la residencia alternativa, estaríamos frente a una institución difícil de aplicar puesto que expone a los menores a un nivel de desarraigo importante. Precisó que en Francia, en diez años de aplicación de esta institución, sólo el 20% de los matrimonios que separan han optado por ella, por lo que puede decirse que ha tenido una aplicación más bien marginal, de la cual todavía se desconocen sus efectos en los niños. Expresó que, en todo caso, las leyes de familia deben hacerse atendiendo a la realidad de cada país y no adoptando modelos extranjeros. Destacó la importancia de considerar la idiosincrasia de cada sociedad, haciendo presente que, en nuestro caso, en materias de familia deben tenerse en cuenta características de gran incidencia, como es la existencia de ciertas patologías muy gravitantes y de altas tasas de alcoholismo.²²

Una opinión intermedia manifiesta Lathrop:

...no aludiría a las ventajas y desventajas de este régimen pues existe un sinnúmero de investigaciones en el área de la psicología que se

²¹ *Ibidem*, p. 171.

²² *Ibidem*, pp. 300, 302 y 303.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

pronuncian en diversos sentidos. Sólo acotó que los estudios que ha podido consultar se refieren a niños explorados en etapas iniciales de implementación de este régimen, es decir, que no hacen seguimiento al desarrollo de los mismos transcurrido un tiempo desde su funcionamiento.

Por otro lado, afirmó

...que las desventajas relacionadas con la inestabilidad física y emocional de los hijos son detectadas en estas etapas iniciales de implementación que podrían remitir con el tiempo y que se refieren más bien a sistemas en desuso ya en las legislaciones, en que lo único que se comparte es la residencia y en que no hay necesariamente corresponsabilidad o adopción conjunta de decisiones de importancia relativas al hijo (sistema desechado expresamente, por ejemplo, en las legislaciones francesa e italiana durante la década del 2000); o bien estas críticas aluden a sistemas de cuidado personal con residencia alterna estricta; es decir, en que se comparten las decisiones de importancia, hay participación en cuestiones cotidianas y en que, además, la residencia es de un 50% para cada uno de los padres.

En su opinión, estas críticas pierden fuerza en un sistema de cuidado personal compartido con progenitor residente principal —en el que no hay residencia alterna estricta—, sino un padre o madre que convive mayormente con el hijo y que, al mismo tiempo, involucra activamente al otro padre o madre tanto en las decisiones de importancia relativas al hijo como en cuestiones de carácter personal cotidiano.²³

Por lo que la referida autora se inclina por una custodia compartida, con residencia principal, y deberes y facultades conjuntos.

La discusión a favor y en contra de la custodia compartida también se ha llevado al campo del género; sin embargo, en la mayoría de los casos se realiza sin distinguir entre custodia compartida como régimen legal general o supletorio, o como excepcional con oposición de uno de los padres. La discusión parte de la base, como ocurre en la mayoría de los casos, que la custodia le corresponde a la madre.²⁴

²³ *Ibidem*, p. 308.

²⁴ En este sentido, por ejemplo, socialmente son aceptadas las madre solteras; en cambio, los padres solteros se perciben como una situación anómala. El problema se plantea

Para Cruz, las críticas a la custodia compartida, con oposición de la madre, lejos de centrarse en los niños, pone su acento en una pérdida de poder de la mujer en la familia. Así, el referido autor cita a Goiriena Lekue, para la cual la situación, ya empeorada de la mujer en la sociedad, se vería ahora afectada en la familia.

Desde una de las aristas del feminismo, Bodelón sugiere que la custodia compartida aumentará la violencia de género contra la mujer. Ello se debería a que la mujer no se atreverá a dejar a su pareja, dado que pensará en la situación en que estarán los hijos en la custodia compartida.²⁵

También hay autoras, como Delgado Cordero, que ven la custodia compartida —como régimen legal y supletorio— como una forma de liberación de las mujeres del yugo de la esclavitud doméstica.²⁶ En este mismo sentido, Delgado es contrario al hecho de que sea uno de los progenitores quien ostente la patria potestad —habitualmente, la mujer y madre—, pues “origina de hecho la marginación del varón/padre y perjudica, a la corta y a la larga, a los menores (vacío afectivo)”, debiendo ser reservada a ambos progenitores.²⁷ También se ha señalado que la custodia compartida permite que la mujer tenga una mejor empleabilidad y tiempo libre. Ello supone además que como política de género y de igualdad material, los alimentos, la declaración de bien familiar se mantengan, aunque sea de una forma diferente a la custodia exclusiva.

en los denominados “padres solteros por elección” (PSPE) por el cual los hombre deciden ser padres a través de la inseminación artificial en una mujer, con la que celebran un contrato de alquiler de vientre —en los países que se acepta la maternidad por subrogación—, o mediante la adopción. En este sentido se puede consultar a Lores, Fernando y Ayala, Ariadna, “Entre el «deseo» de ser padres y ser padres «de tercera»: experiencias de la monoparentalidad entre padres solteros por elección (PSPE)”, en Jociles, María Isabel y Medina, Raquel (eds.), *La monoparentalidad por elección. El proceso de construcción de un modelo de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 143-183.

²⁵ Bodelón, Encarna, “La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en Picontó, Teresa (ed.), *Custodia Compartida. Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas*, núm. 56, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, 2010, pp. 149-154.

²⁶ A pesar de lo señalado por la referida autora, ella se inclina contra la custodia compartida por una supuesta falta de estabilidad económica de los hijos en dicho régimen. Cruz, Bernardo, *La Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, España, La Ley, 2012, p. 188.

²⁷ Delgado, Gregorio, *op. cit.*, p. 235.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

B. *El derecho comparado en torno a la custodia compartida*

La concepción autoritaria de la familia se ha comenzado a dejar de lado, impulsada por el desarrollo de los derechos fundamentales, que se aplica en la infancia, en un comienzo, conforme a los principios del interés superior del niño, y luego, por el de la igualdad de los padres como manifestación de dicho interés. En la actualidad, estos principios han llevado a que en lugar de establecerse sistemas equilibrados de custodia exclusiva, los ordenamientos jurídicos comiencen a preferir sistemas de guarda o cuidado personal compartido, o de la autoridad parental compartida.²⁸ Como producto de esta evolución se han desarrollado los principios de corresponsabilidad y la coparentalidad. A pesar de que en Europa no existe un modelo estricto a favor de la custodia compartida alterna, como régimen legal y supletorio, muchos países que tienen modelos de cuidado exclusivo han establecido deberes y facultades para el padre no custodio, lo que ha dando lugar a sistemas de corresponsabilidad y coparentalidad.

Italia ha establecido una valoración judicial prioritaria del cuidado compartido de los hijos. La Ley 54/2006, del 8 de febrero, modificó la redacción del artículo 155 del Código Civil, y agregó los artículos 155 bis, ter, quarter, quinquies y sexies, inclinándose a favor de la custodia compartida. Esta importante modificación legal estableció la custodia compartida como régimen supletorio legal y judicial, salvo que el juez, en función del interés superior y de forma excepcional, decretara la custodia exclusiva a favor de uno de los padres.

El sustento de la reforma fueron los buenos resultados de la custodia compartida obtenidos, tanto en los países en que ella se aplica como en los casos en que se había concedido en la propia Italia. Se estimó que éste debía ser el régimen general, debido a los incentivos que genera esta regulación en adoptar conductas colaborativas de los padres, por una parte, y a hacer frente a algunas sentencias de tribunales, que

²⁸ Esto es tan así, que el sistema de guarda compartida excluye que, durante el periodo de guarda con el hijo, el progenitor que lo tenga consigo sea soberano para tomar decisiones referidas a la potestad, sino que sólo será responsable de su cuidado y de adoptar decisiones relativas a los actos cotidianos. Villagrasa, Carlos, *op. cit.*, p. 97.

de forma arbitraria estaban denegando demandas de custodia compartida del padre con oposición de la madre. Así, en la discusión del proyecto de ley, que terminó modificando el artículo 155 del Código Civil del Senado de la República, de la XVII Legislatura, informe en proceso, DDL S. 1163, 7 de marzo de 2016, se señala que la custodia compartida, más que un régimen funcional en torno a los derechos; es decir, un sistema equitativo de reparto de funciones de filiación, presenta beneficios comprobados para los niños en los países desarrollados, como Italia, muy superiores a la custodia exclusiva, e incluso a la custodia de padres que viven juntos. Asimismo, fundamenta la inclinación por la custodia compartida en los estudios de Bauserman (ya analizados), en los Informes del Colegio Nacional de Psicólogos de la orden, de la Sociedad Italiana de Pediatría Preventiva y Social y de la Oficina Nacional de Estadística para el Ministerio de Asuntos Sociales de Suecia (2009), todos favorables a la custodia compartida sobre la exclusiva. Este último estudio acredita que los problemas sociales, vinculados al alcohol y la droga, son menores en los casos de custodia compartida que exclusiva.²⁹ Esto es importante, por cuanto se refiere a casos de niños vulnerables.

En Francia, la regla general es la continuación de la autoridad parental después del divorcio.³⁰ El artículo 373-2-11 del Código (modificado por la Ley 2002-305, del 4 de marzo de 2002) establece cuáles son los criterios que el juez debe considerar al momento de determinar las condiciones de ejercicio de la autoridad parental. Dichos criterios son los siguientes: las prácticas seguidas por los padres con anterioridad o acuerdos celebrados, antes de la separación; los sentimientos expresados por los niños menores de acuerdo con el artículo 388-1; la capacidad de cada padre para asumir sus deberes y respetar los derechos de la otra; el resultado de los peritajes que se hayan realizado, teniendo en cuenta la edad del niño; la información de posibles investigaciones o informes sociales, de conformidad con el artículo 373-2-12, las pre-

²⁹ Senato della Repubblica..., *op. cit.*, pp. 9-12.

³⁰ Así, en Francia la Ley 305, del 4 de marzo de 2002, incorporaría la autoridad compartida, distinguiendo si el padre reconoce al hijo, antes del año del nacimiento, en cuyo caso la autoridad parental automáticamente es conjunta, pero si el padre reconoce después del año, podrá demandar la autoridad conjunta (artículo 372 del Código).

RODRIGO BARCIA LEHMANN

siones o la violencia, de naturaleza física o psicológica, ejercida por uno de los padres contra la persona del otro.³¹

Así, el Código Civil establece que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores permanezcan bajo el cuidado de ambos progenitores, pudiendo llegar a imponer la *résidence alternée*, aun cuando ninguno de los padres esté de acuerdo. El Código Civil francés admite la posibilidad de acordar la residencia alterna del menor en el domicilio de cada uno de los padres, o sin el acuerdo, pero de forma temporal, con objeto de valorar su funcionalidad.

El derecho de infancia alemán daría lugar a una serie de modificaciones, inspirado tanto en la igualdad de los hijos como de los padres. La primera de estas reformas fue llevada a cabo mediante la Ley del 18 de julio de 1979. En palabras de Pau Pedrón —que escribió una de las principales monografías en español sobre este tema de los años ochenta—: “la reforma de la patria potestad era, en el derecho alemán, una necesidad derivada de dos trascendentales innovaciones introducidas en la legislación civil: la equiparación de los hijos y la igualdad de los cónyuges”.³² De forma posterior, y a raíz de un problema de inconstitucionalidad, respecto de la posibilidad de demandar la custodia com-

³¹ “Article 373-2-11 [Modifié par LOI núm. 2010-769 du 9 juillet 2010, article 8o.].

Lorsqu’il se prononce sur les modalités d’exercice de l’autorité parentale, le juge prend notamment en considération:

1o. La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu’ils avaient pu antérieurement conclure;

2o. Les sentiments exprimés par l’enfant mineur dans les conditions prévues à l’article 388-1;

3o. L’aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l’autre;

4o. Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l’âge de l’enfant;

5o. Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l’article 373-2-12;

6o. Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l’un des parents sur la personne de l’autre”. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000022469784&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170302&oldAction=rechCodeArticle&fastReqId=1372571757&nbResultRech=1>.

³² Pau Pedrón, Antonio, “La nueva regulación alemana sobre la patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXXV, fasc. III, julio-septiembre, 1982, p. 279.

partida por un padre no matrimonial, el 16 de abril de 2013 se publicó la Ley modificatoria de la nueva regla de la custodia de progenitores no casados, que permite a los padres, contra la voluntad de la madre, solicitar la custodia compartida (§1626 a) BGB).³³

José Manuel Torres se refiere a la inclinación de Alemania por la custodia compartida, en los siguientes términos:

[e]videntemente en Alemania tras la entrada en vigor de la KindRG en 1998 se ha producido un notable giro en las decisiones judiciales que ahora en los procedimientos de divorcio tienden a conceder la guarda y custodia (patria potestad) compartida. De hecho, Motzer, Stefan 70 ha realizado un seguimiento de la aplicación del artículo 1671 BGB y los resultados han sido contundentes a favor de la guarda y custodia compartida. En el año 2000 del total de divorcios habidos en Alemania resultaron los siguientes porcentajes: En el 69,35 por 100 de los casos hubo lugar a una guarda y custodia compartida de los padres. En el 21,62 por 100 la guarda y custodia correspondió exclusivamente a la madre y en el 1,52 por 100 correspondió exclusivamente al padre. Es claro que el bien del niño se relaciona en Alemania con la guarda y custodia compartida, opción que podría seguirse en otros ordenamientos.³⁴

³³ La referida norma es del siguiente tenor: “§ 1626a [Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgeerklärungen].

(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu.

1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen).
2. wenn sie einander heiraten oder.
3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

(2) Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

(3) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge”.

Disponible en: <https://dejure.org/gesetze/BGB/1626a.html>.

³⁴ Torres, José Manuel, “Tratamiento del interés del menor en el derecho alemán” *Anuario de Derecho Civil*, t. LIX, fasc. II, abril-junio, 2006, pp. 692.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

En España, las críticas al modelo de custodia exclusiva se hacen cada vez más evidentes por parte de la dogmática. Es verdad que un sistema de custodia exclusiva no es siempre incompatible con los principios del interés superior del niño y la corresponsabilidad de los padres; pero el modelo de custodia compartida desarrolla de mejor forma los derechos de la infancia.³⁵

En este sentido, Gete-Alonso y Solé apuestan —a propósito del anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio— por una reforma más ambiciosa que considere la custodia compartida como regla general y preferente, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el NNA.³⁶ Ello, señalan, podría iniciar un cambio profundo en la solución de estas situaciones, más acorde con los derechos fundamentales de todos los implicados, y además, podría incidir en los comportamientos de los progenitores para con sus hijos durante la convivencia, antes de la crisis de la pareja, fomentando la corresponsabilidad, la paternidad y maternidad responsable.³⁷

Lo que subyace en estos ordenamientos jurídicos es el entender la custodia compartida como una forma preferente de derecho humano fundamental de la infancia. Ello se desprende por ejemplo del reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo del 27 de noviembre de 2003,

³⁵ A este respecto, Delgado señala: “[D]esde la perspectiva del interés/beneficio de los hijos, se impone... una pregunta, que ya formulamos en otro momento. Es ésta: ¿es entendible un desarrollo armónico y equilibrado del proceso de maduración personal de los hijos sin una permanente referencia a ambos progenitores? La respuesta, a mi entender, ha de ser, en principio, negativa. Y ello con independencia del sistema de guarda que se establezca e incluso en el ámbito de una convivencia conyugal normal”.

El interés del menor responde a situaciones más complejas que las habituales. Su tutela sólo se satisface de modo eficaz en casos excepcionales cumplidamente acreditados, mediante una guarda atribuida exclusivamente a uno de los padres. En principio, el contacto regular y fluido con ambos padres parece más viable y eficaz en el desarrollo equilibrado y armónico de los hijos. Delgado, Gregorio, *op. cit.*, p. 213.

³⁶ En España son relevantes las nuevas leyes: Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, *BOE* de 23 de julio de 2015, y Ley 26/2015, del 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, *BOE* del 29 de julio de 2015, que se centran principalmente en los menores desamparados, o sea, en NNA en situación de calle o vulnerables.

³⁷ Gete-Alonso y Calera, María del Carmen y Solé, Judith, *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 170 y 171.

relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cuando establece que las medidas judiciales adoptadas en materia civil —especialmente las medidas tendientes a garantizar la igualdad de los menores en cuanto a la responsabilidad parental— tendrán fuerza ejecutiva en cualquiera de ellos.

La *Children Act*, 1989, fue la modificación más importante introducida en el RU hasta la actualidad. Dicha reforma acuñaría el término *parental responsibility*, que vendría a reemplazar a la custodia.³⁸ Dicho término se define, por el párrafo 1 de la sección 3 de la Ley de 1989, como “todos los derechos, deberes, facultades, responsabilidad y autoridad con que el Derecho inviste a los padres con relación a la persona de sus hijos y su propiedad”.³⁹ Esta referida ley tiene dos grandes objetivos: la consideración de ambos padres en torno a la crianza y educación de los hijos y el reconocimiento de un grado importante

³⁸ En este sentido, Nikolina señala que “[W]ith the coming into force of the Children Act 1989, the term ‘custody’ has been replaced with the term ‘parental responsibility’ and the idea that both parents should hold and exercise parental responsibilities together in harmony, consulting each other when making important decisions on the upbringing of the child”. Nikolina, Natalie, *Divided Parents, Shared Children*, núm. 39, Reino Unido, Intersentia, 2015, p. 51.

³⁹ Nikolina señala que la doctrina ha criticado esta definición, porque la ley no precisa cada uno de los aspectos de los cuales se compone esta figura. La Comisión que elaboró el Proyecto prefirió no detallar en qué se divide su contenido, aduciendo que los casos que se presentan en la realidad son tan diversos, que son los jueces los llamados a determinar su contenido. Nikolina, Natalie, *ibidem*, p. 51.

Por otra parte, para Martins, la *parental responsibility* tiene dos contenidos. El primero, es un contenido marcado por los derechos de la personalidad (seguridad, manutención, salud, etcétera), y el segundo, por los aspectos patrimoniales, fundamentalmente la representación y la administración del patrimonio del NNA. Martins, Rosa, “Parental Responsibilities versus the Progressive Autonomy of the Child and the Adolescent”, en Boele-Woelki, Katherine (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of the Family Law in Europe*, Bélgica, Intersentia, 2003; Boele-Woelki, Katherine (ed.), *op. cit.*, 2003, p. 368. En cambio, para Baldjjeva, la *parental responsibility* está íntimamente ligada con una estructura conceptual (*conceptual building block*), en la cual ya no es posible distinguir entre deberes y facultades. Baldjjeva, Miglena, “The Concept of Parental Responsibility in Bulgarian and English Law”, en Boele-Woelki, Katherine (ed.), *op. cit.*, 2003, pp. 403 y 404. En igual sentido se manifiesta Probert, quien prefiere hablar de “[R]esponsibilities rather than rights”. Probert, Rebecca, *Cretney and Probert’s Family Law*, Reino Unido, University of Warwick, Sweet & Maxwell, England and Wales, 2009, p. 242.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

de autonomía de los NNA.⁴⁰ La Ley de 1989 promueve que sean los padres, que de forma preferente decidan sobre la crianza y educación de los hijos, pudiendo ser repartidas las funciones entre los padres, de común acuerdo —sin perjuicio de lo cual la responsabilidad parental es indelegable—. En caso de conflicto, como si la madre impide el que sea declarada la responsabilidad parental del padre —en la medida en que no se hayan casado o no haya reconocido—, el padre puede recurrir a una *parental responsibility order*. A su vez, si el NNA vive con uno de los padres y el otro niega la relación con su hijo, puede recurrir a una *contact orders*,⁴¹ etcétera. La acción que nos interesa es la *share residence order*, que es una acción que se reconoce por la jurisprudencia inglesa a raíz de un fallo del juez Ward J. L., para solicitar una custodia compartida con residencia alternada. Su aplicación

⁴⁰ La reforma de 1989 se basa en estos dos aspectos. Nikolina, Natalie, *op. cit.*, pp. 46-49.

⁴¹ Como destacan Herring, Probert y Gilmore, a raíz de las modificaciones a la *Children Act. 1989*, la jurisprudencia de las cortes resolvieron lo siguiente en torno a las *contact orders*:

a) El contacto entre padre e hijo es un elemento fundamental de la vida familiar y es, prácticamente siempre, en el interés del menor; el contacto entre padre e hijo debe terminar sólo en circunstancias excepcionales, en que existen razones convincentes para hacerlo y cuando no hay alternativa. El contacto se debe terminar sólo si es perjudicial para el bienestar del niño.

b) Existe una obligación positiva del Estado, y por consiguiente del juez, de tomar medidas para mantener y reconstituir la relación entre padre e hijo; en definitiva, para mantener o restablecer el contacto, en los siguientes ámbitos: el juez tiene un deber positivo de procurar promover el contacto; el juez debe lidiar con todas las alternativas disponibles antes de abandonar la esperanza de lograr algún tipo de contacto; el juez debe ser cuidadoso de no llegar a una decisión prematura, el contacto debe detenerse sólo como último recurso y sólo una vez que ha quedado claro que el menor no se beneficiará de continuar con el intento.

c) La corte debe considerar tanto una visión a mediano, como a largo plazo y no otorgar un peso excesivo a lo que probablemente parezca ser un problema transitorio o de corto plazo.

Para los referidos autores, la labor del juez es exigir y hacer un examen profundo y estricto sobre la adopción de todos los pasos necesarios para facilitar el contacto como puede ser razonablemente demandado en las circunstancias del caso particular, y todo ello guiado por ‘el interés superior del niño como “interés primordial sobre cualquier otra consideración”’.

Herring Jonathan *et al.*, “Disputes over Children”, *Family Law*, 2a. ed., Inglaterra, Palgrave, 2015, pp. 94 y 95.

desde su reconocimiento por tribunales, a mediados de los noventa, se ha ido extendiendo mediante sucesivas modificaciones jurisprudenciales. Esta acción es entablada por uno de los padres en caso de que el hijo resida con el otro, para los efectos de establecer una residencia alternada. El supuesto más relevante en que se acogen estas acciones opera cuando el padre con que convive el NNA desconoce la responsabilidad parental del padre demandante. En 2004, *A v A (Children, Shared Residence)* se concede una de estas órdenes a favor del padre, dado que la madre estaba decidiendo unitariamente los aspectos relacionados con la educación y salud del niño.⁴² Sin perjuicio de lo cual, Nikolina, a este respecto, señala que la custodia conjunta no es aún una regla general y supletoria en el RU, por cuanto la *shared residence* sólo se concede en casos en que el interés superior del niño en concreto lo justifique.⁴³

En los Estados Unidos, en un principio, los jueces no concedieron *joint or shared custody*, por estimar que debían contar con una regulación estatal habilitante; sin embargo, a partir de los años setenta, esta tendencia cambiaría. La mayoría de los Estados habilita a los jueces para que puedan decretar la custodia compartida,⁴⁴ e incluso, en mucho se ha impuesto como el régimen legal general y supletorio; pero la corte siempre mantiene la facultad de asignar el cuidado de forma

⁴² En torno a la custodia compartida (*shared residence*), aunque ella no se ha definido en el derecho inglés, se puede señalar que es aquella en que el tiempo de estadía de los niños se divide en un porcentaje equitativo entre los padres, que podría ir desde 70/30% a 50/50%. A pesar de que en la Comisión que elaboró el proyecto de ley se inclinó de forma negativa hacia esta figura, ella ha comenzado a aplicarse de forma creciente por los tribunales, sin perjuicio de lo cual el *Shared Parenting Orders Bill*, que pretendió modificar la Ley de 1989, ha sido pospuesto.

Nikolina se refiere a un estudio por el cual los padres separados recurren en un 9/12% a esta figura. Nikolina, Natalie, *op. cit.*, pp. 49 y 67.

⁴³ A este respecto, Nikolina señala que “[T]he application of the Convention on the Exercise of Children’s Rights to the issue of joint parental responsibilities and residential co-parenting would mean that the question of how the child’s residence, the care for the child and the contact with the child after the separation of the parents should be devised, must be answered taking into account the best interests of the child and the child’s views. These types of decisions are not up to parents to decide as they deem fit. The legal procedures have to be child-oriented instead of parent-oriented”.

Nikolina, Natalie, *ibidem*, p. 25.

⁴⁴ Sanford, Katz, *Family Law in America*, Oxford University Press, 2011, p. 111.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

exclusiva cuando la custodia compartida cause detrimento al hijo (*detrimental to the child*).⁴⁵ Con independencia de ello, los alcances de la custodia compartida (*joint custody*) no han estado exentos de críticas en el derecho norteamericano.⁴⁶ Sanford señala que la custodia compartida, entendida como *joint custody*, exige que ambos padres sean igualmente responsables en torno a la forma en que se conduce la educación de los hijos. Esta figura en cierto grado recrea la familia nuclear,⁴⁷ y para el autor requiere de las siguientes condiciones: una inusual cooperación entre los padres, que ambos padres sean financieramente solventes, y exige el acuerdo del NNA (aunque señala que en muchos casos se omite la opinión del NNA).⁴⁸

El derecho norteamericano distingue además la *joint legal custody*, en consideración a la cual las decisiones relevantes se deben tomar de acuerdo entre los padres. Esta figura tendría su símil en la titularidad y ejercicio de la patria potestad o en la autoridad parental en el derecho chileno. Finalmente, la *joint physical and legal custody* es el equivalente a la custodia compartida, por cuanto permite alternancia en la custodia del NNA.⁴⁹ En palabras de Kelly, en consideración a esta figura: “[B]oth parents retain right to share in day-to-day residential care of child; generally not defined as equal sharing, but intended to grant substantial periods of time to each parent”.⁵⁰ Sin alterar lo señalado, estudios relativamente recientes indican que los tribunales están dejando de lado la custodia exclusiva para optar por estas formas de custodia.⁵¹

⁴⁵ De Witt, Gregory *et al.*, *Understanding Family Law*, Lexis-Nexis, 2005, p. 481; Meyer, David, “The Constitutional Rights of Non-Custodial”, *Hofstra Law Review* vol. 34, núm. 4, 2006, p. 1473.

⁴⁶ A este respecto, Meyer agrega que la custodia compartida, como criterio de asignación legal, tiene las dos siguientes acepciones: poder de decisión conjunto (*joint legal custody*) y establecimiento alterno o compartido (*joint physical custody*), como residencia alternativa. Meyer, David, *Ibidem*, p. 1470.

⁴⁷ Esta posición, en todo caso, está comenzando a dejarse de lado al reconocer distintos tipos de familia.

⁴⁸ Sanford, Katz, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Kelly, Joan, “The Determination of Child”, *The Future of Children*, vol. 4, núm. 1, Children and Divorce, Primavera, 1994, p. 124.

⁵¹ Kelly señala a este respecto, que “[T]he number of joint physical custody orders also increases after enabling legislation is passed, but at a much lower rate 35, 39, 41 in

En América Latina, los artículos 70 del Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay, 1632 del Código Civil de Brasil, 252 y 275 CC de Uruguay y 641 del CC y C argentino, se inclinan por la responsabilidad conjunta de los padres. Argentina adopta recientemente un sistema similar al italiano; así, el nuevo artículo 641 b) CC y C, promulgado el 7 de octubre de 2014,⁵² consagra una responsabilidad parental conjunta aun si los padres están separados.⁵³

En Puerto Rico se establece la custodia compartida de forma legal y supletoria exigiendo probar la inconveniencia del régimen por el padre recurrente, mediante la Ley 223, protectora de los derechos de los menores en el proceso de adjudicación de custodia, del 21 de noviembre de 2011.⁵⁴

the absence of national data, regional studies suggest that joint legal and sole maternal physical custody is today the most common legal custody arrangement in the United States, followed by sole legal and physical custody to the mother". Kelly B., Joan, *idem*, p. 124.

⁵² Así, los artículos 650 y 651 del CC y C establecen lo siguiente:

"Artículo 650 [Modalidades del cuidado personal compartido].

El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Artículo 651 [Reglas generales].

A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo".

⁵³ En Argentina, el régimen de ejercicio conjunto de la patria potestad por el padre y la madre ya fue propuesto en las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Santa Fe en 1977. Zannoni, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, 2a. ed., t. II, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 699 y 700.

⁵⁴ La referida ley regula la custodia compartida en los siguientes términos:

"Artículo 4o. [Consideración de la Custodia Compartida]

En todos los casos de divorcio, separación o disolución de una relación consensual donde estén involucrados menores de edad, la custodia compartida de los menores, aun contra la voluntad de alguno de los progenitores que interesa se le otorgue la custodia monoparental, se considerará si es beneficiosa a los mejores intereses del menor, salvo prueba en contrario y con excepción de los casos en que apliquen las exclusiones establecidas en el artículo 9o. de esta Ley. Por lo tanto, los tribunales deberán evaluar y considerar la custodia compartida sujeto a lo dispuesto en esta Ley. El Juez se asegurará, previo a solicitud de parte, que se cumplan con los planes establecidos para la custodia compartida.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

3. La custodia compartida como régimen judicial especial

A continuación, se analizarán los derechos español y chileno respecto de la custodia compartida; ambos derechos tienen un sistema de asignación de guarda y custodia —en el caso español— y cuidado personal —en el caso chileno— unilateral, exclusivo o indistinto,⁵⁵ en que

Nada de lo contenido en este artículo se entenderá como que conlleva que es compulsorio fijar la custodia compartida por los Tribunales. En los casos que se demuestre que alguno de los progenitores no se encuentra capacitado para ostentar la misma, los tribunales, actuando en beneficio de los mejores intereses de los menores, no la concederá. No obstante, los tribunales deben estar atentos a cualquier actuación frívola e infundada de alguno de los progenitores, dirigida a impedir que el otro progenitor disfrute de la custodia compartida, aun cuando se encuentre capacitado para ello". Véase *La custodia compartida, política pública para el bienestar de los menores*, disponible en: <https://aldia.microjuris.com/2013/07/17/la-custodia-compartida-politica-publica-para-el-mejor-bienestar-de-los-menores/>.

La situación legal de los hijos con relación a sus padres, antes de esta ley, no era para nada alentadora, y la aplicación de la referida ley ha sido resistida por tribunales. Una evaluación negativa en la aplicación de la ley que hace Angueira realiza un interesante trabajo, por el cual entiende que la custodia exclusiva a favor de la madre, y los pocos incentivos tanto para celebrar acuerdos de custodia compartida como para que los jueces la decreten, tiene que ver con el rol asistencial que equivocadamente se le otorga al derecho civil, y especialmente a los alimentos. Ello se debe a que la custodia compartida rebajaría los alimentos a favor de la madre. Una mirada muy interesante sobre los alimentos, nos señala Riveros en un trabajo sobre el principio de la autorresponsabilidad en el divorcio que se desprendería del artículo 60 de la LMC chilena. En consideración a este principio, las personas son las que deben hacerse cargo de su propio bienestar, lo que es contrario a la obtención de una compensación económica en tiempos extremadamente largos. Angueira, Hiram, "La custodia compartida como política pública en Puerto Rico: el principio del fin a la violación de derechos constitucionales de los padres en las salas de familia?", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, San Juan, vol. 81, núm. 3, 2012, pp. 881-894, y Riveros, Carolina, "La autorresponsabilidad y los efectos del divorcio", en Lepín, Cristián y Gómez de la Torre, Maricruz (eds.), *Estudios de derecho familiar I. Actas primeras jornadas nacionales*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 100-112.

⁵⁵ El derecho español tiene tres figuras fundamentales con relación a la filiación en caso de separación de los padres: la titularidad y ejercicio de la patria potestad, la guarda o custodia indistinta del padre custodio y el régimen de comunicación directa del padre no custodio. La titularidad y el ejercicio de la patria potestad suele ser conjunta, lo que permite que ambos padres participen en la crianza y educación de los hijos (se trata de los aspectos fundamentales en la relación de filiación) y en cuanto a deberes y facultades indistintos existe la guarda y custodia del padre custodio, supervigilancia y comunicación directa, cooperación y ayuda del padre custodio.

se puede recurrir a la custodia compartida. Además, la forma de regulación de la custodia compartida es diferente. En el caso español, se regula la custodia compartida de común acuerdo por los padres y con oposición de uno de ellos; en cambio, en el derecho chileno sólo está expresamente regulada la primera forma de custodia compartida. Lamentablemente, los tribunales chilenos han estimado que la custodia compartida con oposición no procede, y, como se sostendrá en el presente trabajo, dicha posición debería revisarse.

En el derecho español, la regulación de la custodia compartida con oposición da lugar a un régimen especial en beneficio del NNA, sin perjuicio de lo cual la custodia compartida se aplica como régimen legal y supletorio en algunas comunidades autónomas. En resumidas cuentas, en ambos ordenamientos jurídicos convive un sistema de asignación indistinta de custodia y guarda y cuidado personal con uno de custodia compartida.

A. *La situación española*

Gete-Alonso y Solé señalan que (conforme a la Ley 15/2005) los casos en que es posible acordar la custodia compartida son los siguientes: cuando los padres lo solicitan en la propuesta de convenio regulador (separación o divorcio de mutuo acuerdo); en un proceso contencioso, en que los padres lleguen al acuerdo sobre la custodia compartida en el transcurso del procedimiento, dejando de ser contencioso, y, por último, que el juez la acuerde, excepcionalmente, si lo pide solamente uno de los progenitores, y sólo de esta forma se proteja el interés superior del menor. En los dos primeros casos, el juez podrá no otorgarla si considera que perjudica el interés del menor; no obstante, deberá existir un acuerdo entre los padres.⁵⁶

A continuación se analizará la custodia compartida en que los padres no están de acuerdo en el derecho español, que es bastante variada, porque si bien el derecho español no consagra un régimen legal general y supletorio de custodia compartida, permite la custodia compartida

⁵⁶ Gete-Alonso y Calera, María del Carmen y Solé, Judith, *op. cit.*, pp. 161 y 162.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

con oposición, e incluso en algunas comunidades autónomas consagra la custodia compartida como régimen legal general y supletorio.

a. Evolución desde la negativa a la custodia compartida con oposición de uno de los padres hasta su consagración como régimen excepcional en el Código Civil español

Pinto señala que los problemas de igualdad, con relación al cuidado personal de los padres, no se plantearon en la Reforma de la Ley 30/1981, por cuanto existía un cierto consenso entre abogados y jueces que ella correspondía a la madre, sobre todo respecto de los hijos más pequeños.⁵⁷ Los temores de la doctrina española frente a esta figura antes de la Reforma introducida por la Ley 15/2005 al CCE se pueden apreciar en las palabras de Picontó, que señalaba:

...establecer una medida como la custodia compartida alterna a falta de acuerdo de los padres, bien judicialmente o como norma legal preferente, cuando no se corresponde con el estilo de vida y la división del trabajo de muchas familias españolas puede ser arriesgada y provocar dificultades en aquellas parejas que antes de la crisis no venían compartiendo las tareas del cuidado de los hijos.⁵⁸

La crítica a la custodia compartida, en el fondo, se centra en su establecimiento como régimen legal y supletorio.⁵⁹ Pero, incluso, antes

⁵⁷ Luego, el Código Civil español limitó la coparentalidad en el ejercicio a los supuestos de convivencia, y para las situaciones de ruptura preveía el ejercicio exclusivo de la patria potestad, que correspondía al progenitor en cuya compañía quedaban los hijos, con lo que se pretendía asegurar la unidad de dirección y preservar a los menores de posibles conflictos. Pero esta solución debió modificarse dado el aumento de separaciones y divorcios. A este respecto, Guilarte señala que “[E]ste esquema legal no responde a la nueva realidad familiar, caracterizada por un número creciente de divorcios y la normalización social de las rupturas, ya no se trata de mantener a los menores alejados del conflicto, sino de garantizar su derecho a relacionarse y a ser educado por sus dos padres”. Guilarte, Cristina, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

⁵⁸ Picontó, Teresa, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁹ En este sentido, se puede consultar a Poussin y Lamy, por una parte, y Villagrasa, por la otra, que están en contra del establecimiento de la custodia compartida como régimen legal y supletorio. Poussin y Lamy son de la opinión de que ante los problemas

de la Ley 15/2005, la jurisprudencia mayoritaria rechazaba la custodia compartida con alternancia de domicilios, argumentando básicamente su falta de regulación legal y contrariedad al principio del interés del menor, dada su valoración conectada a una necesaria estabilidad, y no a un cambio de domicilio. Incluso se cuestionó la custodia compartida en casos en que había sido acordada por los padres en el convenio regulador. Los jueces entendían que era conveniente atribuir la guarda y custodia en exclusiva a uno de los progenitores, a quien, además, se le otorgaba la vivienda familiar, y el otro debía pagar una pensión alimenticia, y se le concedía un derecho de comunicación y visita.⁶⁰ Esta oposición a la custodia compartida empieza a diluirse por las STCE, 2a. Sala, 4/2001, del 15 de enero, y una serie de sentencias de los tribunales civiles que otorgan la custodia a ambos padres.⁶¹ Los sustentos

que acarrea el divorcio y el cuidado de los hijos, la custodia compartida es una solución posible: "...pero no es ni la única ni la mejor. Más bien es la solución menos mala para que se respete el derecho del hijo a crecer cerca de sus dos progenitores"; que "...algunas familias «pioneras» ya practicaban la custodia compartida antes de marzo de 2002, pero esta práctica se realizaba siempre de forma amistosa, sin el aval de la justicia. Después de esta fecha, los jueces no han aplicado demasiado la ley: sólo una quinta parte de los padres en trámite de divorcio solicita este régimen de custodia. En países como Estados Unidos, por ejemplo, la aplicación de este régimen es mucho más frecuente. El estado de California favorece especialmente la custodia compartida y, en otros estados (Montana, Kansas, Connecticut) es considerada una solución satisfactoria, y la practican en torno al 40% de las parejas, y que la custodia compartida rompe con la dinámica de vencedor y vencido, ya que pone a los dos progenitores en situación de paridad desde el principio". Así, los referidos autores reconocen que el cuidado personal compartido puede adecuarse de una buena forma al interés superior del niño, pero ello dependerá de las circunstancias. Poussin, Gérard y Lamy Anne, *op. cit.*, pp. 17, 28 y 29. Villagrasa señala, de forma muy clara, que imponer coactivamente el sistema de la custodia compartida alterna o, mejor expresado, la guarda sucesiva o alternativa, es inviable si no se dan unas premisas dirigidas a garantizar el interés superior del menor, pues exige un grado de consenso, respeto y colaboración entre los progenitores. Villagrasa, Carlos, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁰ Picontó, Teresa, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

⁶¹ Pinto, Cristóbal, *La custodia compartida, Colección práctica jurídica*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 49-51; Zarraluqui, en igual sentido señala que "[L]a custodia alternativa es una fórmula que en ciertos casos puede ser de indudable beneficio para los menores, respetando una posición equitativa de ellos respecto de ambos progenitores y ello, incluso, sin necesidad de que los periodos en que se encuentren con uno y otro sean aritméticamente iguales, cuando las circunstancias así lo aconseje". Zarraluqui, Luis, "El menor en las crisis familiares", en Lázaro, Isabel y Mayoral, Ignacio (eds.), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, España, Universidad Pontificia de Comillas, 2003, p. 183; Gete-Alonso y Calera y Solé señalan, respecto al interés superior del menor, que a menudo se encuen-

RODRIGO BARCIA LEHMANN

jurisprudenciales para concederla son los principios del interés superior del niño y de la igualdad de los padres, muchas veces planteado como un criterio de adecuación a la realidad,⁶² y, de forma escalonada, por acuerdo de los padres, con oposición de uno de ellos, e incluso de oficio.⁶³ Así, parte de la doctrina y la jurisprudencia española, por mucho tiempo se inclinaron a entender que, por regla general, la custodia compartida exigía común acuerdo de los padres, o a lo menos el que los padres tuvieran una buena relación entre ellos.⁶⁴ Para esta doctrina, la responsabilidad parental tenía que ver con la capacidad de llegar a acuerdos o de obstruirlos por parte de los padres (SAP de Barcelona, sección 12, núm. 26/2007, del 12 de enero).

La situación no varió sustancialmente con la reforma de 2005. Sin embargo, como destaca Guilarte, la STS, del 29 de abril de 2013, habría generado un cambio en esta tendencia, cuando, en palabras de la referida autora, casa la sentencia recurrida y lo hace para, manteniendo el fallo recurrido, justificar la denegación de la custodia compartida

tra teñido de apreciaciones subjetivas difíciles de superar. No obstante, predomina la opinión de que en materia de custodia sobre los menores, el bien del menor pasa por ver satisfecho su derecho de relacionarse y ser atendido tanto por su padre como por su madre y, en consecuencia, por no ser privado de la compañía de ninguno de ellos aunque hayan decidido dejar de convivir. Produciéndose una evolución en la custodia compartida, que de tenerse como contraria al interés del menor por perjudicar su estabilidad física y emocional, ha pasado a ser la medida más recomendada para afrontar con las mínimas consecuencias la separación de los padres y la ruptura familiar. Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, Solé, Judith, *op. cit.*, p. 168.

⁶² Respecto del criterio de adecuación a la realidad, Villagrasa es de la opinión que para evitar la afectación de la crisis de pareja a los menores la clave es comprobar quién o quiénes se han encargado de su cuidado con anterioridad a la ruptura. Una vez hecho, se debe proceder a mantener la guarda en esa proporción, en caso de desacuerdo. Ello, sin perjuicio de que la guarda pueda ser compartida siempre que pueda mantenerse una comunicación fluida y una relación cordial entre los progenitores. Villagrasa Alcaide, Carlos, *op. cit.*, p. 85.

⁶³ Montero, Juan, *Guarda y custodia de los hijos (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 34 y ss.

⁶⁴ En este sentido, se puede consultar a Rivera, que se opone a la posibilidad de que el juez decrete la custodia compartida de los hijos si ninguno de los padres se lo ha solicitado, por cuanto de fracasar dicho régimen ello podría ir en perjuicio del hijo. Rivera, Joaquín, "la custodia compartida impuesta por el Juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del art. 92 CC", en *Género y Trabajo Social*, (JR1681), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006, p. 11, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2002311.pdf>.

con base en la falta de concurrencia de los criterios fijados en su doctrina jurisprudencial, y no, como hace la sentencia recurrida, en una consideración negativa del régimen de custodia compartida: “dados los términos restrictivos que en ese sentido figuran en el Art. 92-8 Cc., cuyo tenor literal es claro al establecer que si los dos padres no están de acuerdo (supuesto del apartado 5) dicha modalidad sólo se acordará excepcionalmente y con informe favorable del Ministerio Fiscal”.⁶⁵ Así, en la actualidad, la custodia compartida procede a petición conjunta por ambos progenitores, y excepcionalmente a instancia de uno de los padres, con los demás requisitos exigidos, como se desprende de lo resuelto por la STS del 19 de abril de 2011. Sin perjuicio de lo cual, la aplicación de la custodia compartida con oposición de uno de los padres, antes de la reforma de 2005 fue bastante limitada.⁶⁶

A continuación, se analizará la actual regulación de la custodia compartida con oposición. El artículo 92 del CCE se refiere a guarda conjunta (apartado. 7), y guarda y custodia compartida (apartados 5 y 8). La Ley 15 de 2005 reguló específicamente la custodia compartida con oposición de un padre, en el artículo 92, párrafo 8, en los siguientes términos:

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.⁶⁷

⁶⁵ Guilarte, Cristina, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

⁶⁶ Cruz señala que las razones por las que las sentencias negaban dicha posibilidad eran de diversa índole, señalándose entre ellas: a) residencia de los progenitores en países o lugares distintos; b) falta de mutuo acuerdo; c) falta de colaboración y armonía entre los padres; d) trastorno y perjuicios en la estabilidad del menor, pérdida de hábitat y armonía que acaban afectándolo en su desarrollo integral; e) corta edad; f) invasión de la esfera privada; g) interés superior del niño en sentido abstracto; h) la preferencia del régimen de cuidado indistinto con relación directa y regular para el padre no custodio; i) previa custodia compartida perjudicial para el hijo, y j) rechazo a la custodia compartida, por no estar establecido en la ley.

⁶⁷ La inclusión del Informe Fiscal para la custodia compartida con oposición de uno de los padres, del artículo 92.8 del CCE, se debe a una inclusión del Grupo Socialista. Miranda, Manuel, “La protección de menores: una perspectiva constitucional, custodia

RODRIGO BARCIA LEHMANN

El párrafo precedente ha generado varios problemas en la doctrina española. El primer aspecto que es preciso aclarar, es que el TCE declaró nula e inconstitucional la exigencia de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable contenido en el texto original.⁶⁸ Un segundo aspecto que ha generado discusión en la dogmática española respecto de la norma precedente es su excepcionalidad. Este último aspecto ha sido bastante relevante, por cuanto la norma además indica que la custodia compartida con oposición debe ser la única forma de plasmar el interés superior del niño, por lo que se puede interpretar que si hay otra posibilidad, el juez debe seguirla. Naturalmente, que esta interpretación atenta contra el interés superior del niño porque de for-

compartida”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 105 y 106.

⁶⁸ La discusión civil en torno a la inconstitucionalidad del informe fiscal contrario a la custodia compartida con oposición se ha plantado en los siguientes términos. Parte de la doctrina había señalado que el informe contrario del fiscal (encuentro de abogados, fiscales, secretarios y jueces de familia, noviembre de 2005) no es decisoria litis. Hernando Ramos, S., “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, *La Ley*, sección “Tribuna”, 29 de junio de 2009, p. 106; Castillero, Raquel, *La guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, España, La Ley, 2007, pp. 363 y 364. Para Cruz, el juez deberá tomar en cuenta el informe fiscal; pero dicho informe no sería vinculante por aplicación de los principios de inexcusabilidad (artículo 117-1 de la CPE) y del interés superior del niño. La Cruz, José Luis *et al.*, *Elementos de derecho civil IV, Familia*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 99, y Rabadán, Fuensanta, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, España, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 76. En contra de estas opiniones se señala que la ley exige un doble control, por parte del juez y del fiscal, dado lo excepcional de la figura, y precisamente la necesidad de velar por el interés superior del niño. Gallardo, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid, La Ley, 2012, p. 442.

Por STCE 185/2012, del 17 de octubre de 2012, sobre cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006, del párrafo 8, artículo 92 del CCE, se declaró inconstitucional solamente la palabra “favorable”. Se estimó que no se puede establecer como vinculante para el juez el Informe fiscal por atentar contra los artículos 24, 39 y 117.3 de CPE, por cuanto se trataría de una facultad exorbitante —al no ser ni siquiera motivada— que sujeta a los tribunales al Ministerio Fiscal. Específicamente se vería sustituida y limitada la función jurisdiccional y afectada la tutela judicial efectiva. En dicha causa, en primera instancia, el Ministerio Fiscal informó que “hay que señalar que este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre, porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal, por lo que huelga entrar a conocer si dicho régimen es o no beneficioso para la hija común”, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/14/pdfs/BOE-A-2012-14060.pdf>.

ma abstracta obligaría a los jueces a desechar esta posibilidad ante, por ejemplo, un régimen de comunicación ampliada. Ni la dogmática española ni la jurisprudencia han seguido esta interpretación.⁶⁹ Delgado, al respecto, señala que un criterio razonable de interpretación es el que entrega el IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia, que señala:

El establecimiento de un régimen de custodia conjunta a solicitud de uno solo de los progenitores, al amparo de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 92 del CC, no exige fundamentar que sólo con esta modalidad de custodia se protege adecuadamente el interés del menor, bastando razonar que es la opción de custodia considerada más beneficiosa para el menor en el caso concreto.

Se insta del legislador una modificación del precepto en tal sentido (SP/DOCT/4325).⁷⁰

La discusión ha sido zanjada por la jurisprudencia del TSE, que ha resuelto que la custodia compartida no se puede entender como régimen excepcional, a pesar de lo que prescribe el artículo 92.8, CCE,⁷¹ desde que

...concurran alguno de los criterios antes explicitados y la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.⁷²

⁶⁹ Pérez, Carmen, "La custodia compartida", *Cuaderno de Aranzadi Civil-Mercantil*, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 47.

⁷⁰ Delgado, Gregorio, *op. cit.*, pp. 89-91.

⁷¹ Alascio Carrasco, Laura, "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (artículo 92.8 CC). A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 1o. de octubre de 2010", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2011, p. 22, disponible en: http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf. En contra: Bodelón, Encarna, *op. cit.*, p. 138.

⁷² Alcázar señala que en España las cifras de cuidado compartido han ido aumentando, pero que todavía la custodia sigue siendo de forma generalizada a favor de la madre. Así, es compartida en un 10,5% en 2010; 12,3% en 2011 y 14,6% en 2013, y la

RODRIGO BARCIA LEHMANN

Para concluir, la discusión actual sobre la custodia compartida con oposición de un padre se soluciona en el artículo 92 bis.1 del CCE del anteproyecto de Ley española en actual tramitación sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, otorgando la facultad al juez, de conceder el cuidado personal compartido con oposición en los siguientes términos:

El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. *Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia* cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o *cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.*⁷³

A pesar de que este proyecto parece ser un avance, sólo refleja la realidad actual, como se desprende por la jurisprudencia posterior a la STS del 29 de abril del 2013. Así, este proyecto ha sido fuertemente criticado por la doctrina. De este modo, Gete-Alonso y Solé, a este respecto, señalan que

[N]osotros apostamos por una reforma más ambiciosa que considere la custodia compartida como regla general y preferente en la solución

custodia materna en esos mismos años es de 83.2% en 2011, 81,7% en 2012 y 75.1% en 2013.

Alcázar, Rafael, "Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial Estrategia para la validación científica de la escala (ICC)", *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, Madrid, núm. 3, 2014, p. 273

⁷³ "Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad divorcio separación" *Ministerio de Justicia de España*, p. 19, disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411095335?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley-__Custodia_Compartida_CM_19-7-13.pdf&blobheadervalue2=1288781716675.

La reforma también prevé la introducción del artículo 92 bis al Código Civil, que, de acuerdo con la literalidad de su exposición de motivos, "tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia compartida como preferente o general".

de las crisis de convivencia, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo —en la línea de las normativas de Aragón y la Comunidad Valenciana—, y que podría representar un elemento fundamental para iniciar un cambio profundo en la solución de estas situaciones más acorde con los derechos fundamentales de todas las personas implicadas y, al mismo tiempo, podría incidir en los comportamientos de ambos progenitores para con sus hijos constante la convivencia, es decir, antes de iniciarse la crisis de pareja, fomentando la corresponsabilidad y la paternidad y maternidad responsables.⁷⁴

b. *¿Puede el juez declarar la custodia compartida de oficio, y sin petición de parte?*

Se ha entendido en el derecho comparado, que el principio del interés superior lleva a desvincular al juez de las peticiones de las partes, pudiendo y debiendo tomar todas las medidas pertinentes a la protección del niño. Naturalmente, que el único límite para la toma de decisiones es que las medidas vayan en real beneficio del NNA.⁷⁵ Por ello es que se ha comenzado a aceptar que los jueces puedan, en la medida en que la prueba de la causa lo permita, decretar el cuidado personal compartido de oficio.

Las SSAAPP de Valencia (ambas de la 6a. Sala, del 22 de abril de 1999 y 2 de febrero de 2000) fueron pioneras en asentar la jurisprudencia de la declaración de oficio del cuidado compartido en consideración al principio dispositivo, que obliga al juez a actuar en el interés superior del niño (véase también STS, 27 de marzo de 2001 y SAP de Cádiz, secc. 5a. del 2 de febrero de 2010, entre otras). En contra de esta posición se manifiesta Pérez Conesa, para la cual, el juez sólo puede conceder la custodia compartida a solicitud de uno de los padres, aunque ésta sea subsidiaria.⁷⁶

⁷⁴ Gete-Alonso y Calera, María del Carmen y Solé, Judith, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁵ Pinto Andrade, Cristobal, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

⁷⁶ Pérez, Carmen, *La custodia compartida, Cuaderno de Aranzadi Civil-Mercantil*, España, Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, p. 47.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

c. Presupuestos de la custodia compartida con oposición de uno de los padres

El artículo 92.6 CCE no ha establecido cuáles son las circunstancias concretas que el juez debe valorar para dar lugar a la guarda compartida con oposición en el interés superior del niño (STS, 8 de octubre de 2009, RC núm. 147/2006).⁷⁷ Por ello, la jurisprudencia y la doctrina han establecido ciertas condiciones de concurrencia.

En cuanto a la jurisprudencia, para Pinto, los tribunales han establecido los siguientes criterios para conceder el cuidado compartido: a) la relación de los progenitores entre sí y con sus hijos; b) la proximidad geográfica entre domicilios de los progenitores; c) la similitud en los modelos educacionales de los padres; d) la relativa disponibilidad profesional hacia los hijos; e) la custodia compartida como factor de inestabilidad; f) la preocupación por el rendimiento escolar, y g) la promisión de las relaciones interpersonales del niño.⁷⁸

Gete-Alonso y Solé plantean una posición más restrictiva en el otorgamiento de la custodia compartida, al exigir una gran cantidad de condiciones. Ellas serían, conforme a la SAP Córdoba, del 24 de abril de 2006 (JUR 2006/230967), las siguientes: a) muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; b) buena comunicación y cooperación entre ellos; c) residencias cercanas o geográficamente compatibles; d) rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles; e) edad del menor que permita su adaptación; f) cumplimiento de los progenitores de las obligaciones económicas; g) respeto mutuo por ambos progenitores; h) que no haya excesiva judicialización de la separación; i) existencia de un vínculo afectivo del menor con ambos padres, y j) que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida, en definitiva características de los proge-

⁷⁷ Ello a pesar de que establece algunas reglas procesales para que la custodia compartida con oposición proceda, como requerir el informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, de las partes o de los miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.

⁷⁸ Pinto Andrade, Cristóbal, *op. cit.*, pp. 75-79.

nitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres.⁷⁹

La STS del 24 de abril de 2014, que resuelve el recurso de casación (núm. 2983/2012), fija los criterios de atribución del régimen de custodia compartida, señalando que debe estar fundada en el interés del NNA que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, y que las razones que deben considerarse son la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.⁸⁰

La doctrina española ha sostenido que pueden establecerse a priori determinados presupuestos, objetivos que favorecen un sistema de custodia compartida, pero ello no significa que de concurrir todos y cada uno de ellos resulte siempre beneficioso para el menor dicho sistema de custodia, ni que, de no concurrir alguno, deba denegarse sin más.⁸¹ Los criterios son los siguientes: las aptitudes personales de los progenitores, la proximidad de los domicilios de los padres, medios materiales suficientes, la edad de los niños y su voluntad,⁸² los motivos por los que se elige dicha opción o se opone a ella y, por último, el resultado de los informes exigidos legalmente.

Estas circunstancias se pueden agrupar de la siguiente forma:

a) *En cuanto a las aptitudes personales de los progenitores.* La capacidad de los padres para celebrar y mantener acuerdos de cooperación

⁷⁹ Las autoras señalan que la falta de estos requisitos ha fundamentado la denegación de la custodia compartida. Gete-Alonso y Calera, María del Carmen y Solé, Judith, *op. cit.*, p. 163.

⁸⁰ Seijas, José *et al.*, "Recopilación de doctrina jurisprudencial de la sala primera en materia de derecho de familia año 2014. Custodia, traslado de menores y desamparo", *Asociación española de abogados de familia, Nuevos impulsos para el derecho de familia, Ponencias del XXII encuentro de la AEFA*, España, Sepín, 2015, p. 119.

⁸¹ Delgado, Gregorio, *op. cit.*, p. 202, citando a Viñas, María,

⁸² Guilarte, Cristina, *op. cit.*, pp. 42-50.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

activo y de corresponsabilidad, la capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común, baja conflictividad entre los padres y la relación previa y coetánea a la ruptura de los padres con sus hijos. En este sentido, se valora positivamente la capacidad de cooperación y ayuda mutua entre los padres. Poussin y Lamy agregan, como criterio de admisibilidad, el análisis de los motivos últimos por los que se elige la custodia compartida por el solicitante.⁸³

Tal vez, el criterio que ha generado una mayor discusión en la doctrina es el grado de conflictividad entre los padres como criterio de exclusión del cuidado personal compartido. En un principio la exigencia de este requisito fue muy estricta. Así, la jurisprudencia española, hasta 2007, seguía esta tendencia, entendido que la mala relación entre los padres es una causa de la negación del régimen de custodia compartida (SSAAPP, Gerona, 2a., 9 de febrero de 2000; Barcelona, 12a., 8 de junio de 2000 y 16 de octubre de 2007; 22a., 9 de octubre de 2006 y 18a., 12 de enero de 2006; Zaragoza, 4a., 24 de julio de 2006 y 14 de noviembre de 2006; Madrid, 22a., 22 de septiembre de 2006, 3 de octubre de 2006, 2 de marzo de 2007, y 9 de marzo de 2007; León, 3a., 13 de octubre de 2006 y Vizcaya, 4a., 20 de marzo de 2007). En este sentido, Miranda sostiene que

...los tribunales pueden conceder la custodia compartida en los casos en que aprecien condiciones especiales en ambos progenitores, puesto que lo contrario, la ausencia de una regulación estricta de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, como ocurre con otras modalidades de custodia, coloca a los hijos menores en situaciones de grave riesgo, ante la ausencia de criterios comunes y la multiplicación de conflictos que pone de relieve la casuística en la ejecución de sentencias de muy difícil solución rápida y eficaz.

Y agrega, matizando la opinión precedente, que la custodia compartida no procede en caso de “una extrema situación de conflictividad entre los progenitores”.⁸⁴ Este parece ser el criterio correcto, en caso

⁸³ Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *op. cit.*, 2005, pp. 53-60.

⁸⁴ Miranda Estrampes, Manuel, *La protección de menores: una perspectiva constitucional, Custodia compartida*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 94 y

que el origen del conflicto provenga de la actitud de ambos padres y ello perjudique al NNA.⁸⁵ Sin embargo, en la actualidad se ha impuesto que el grado de tensión entre los padres no sea óbice, en principio, para decretar la custodia compartida con oposición del otro padre, pero en la medida en que la tensión sea la propia de una situación de crisis.

Poussin y Lamy no están de acuerdo en considerar la custodia compartida viable únicamente cuando los padres se lleven bien. Y a este respecto señalan que dicho argumento entraña el peligro de hacer inviable esta figura, ya que un adulto que no esté de acuerdo con la custodia compartida puede declarar ante el juez, que no mantiene comunicación con su expareja, con el fin de echar por tierra el régimen de alternancia en la custodia. Ello sería un punto a favor del padre beligerante, en circunstancias de que a quien se debe recompensar es al padre conciliador. Y por ello proponen que el juez de familia, una vez que se ha verificado si hay tensión o conflicto entre los padres, pueda imponer una custodia compartida provisional; por ejemplo, una custodia por seis meses, y una vez transcurridos, decide si perpetuar o no el sistema.⁸⁶

En igual sentido, Delgado utiliza la siguiente parte de una sentencia para concluir lo referente al sistema antes referido y a la conflictividad de los padres:

109. Seijas, Arroyo y Baena se refieren a una STS del 30 de octubre de 2014, recurso de casación: núm. 1353/13, que resuelve en este sentido: "...la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga en un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad". Seijas, José et al., "Recopilación de doctrina jurisprudencial de la sala primera en materia de derecho de familia año 2014". "Custodia, traslado de menores y desamparo", en *Asociación Española de Abogados de Familia. Nuevos impulsos para el derecho de familia, Ponencias del XXII encuentro de la AEAFA*, Madrid, Editorial Jurídica Sepín, 2015, pp. 120 y 121.

⁸⁵ Bodelón, que escribe desde el feminismo, es contraria a conceder la custodia compartida en caso de conflictividad de los padres, y a este respecto recomienda la custodia exclusiva que limite la posibilidad de nuevos conflictos. Bodelón, Encarna, *op. cit.*, p. 137.

⁸⁶ Poussin y Lamy exigen a los padres un mínimo de buen entendimiento en lo que respecta a las decisiones relacionadas con la educación del hijo; tener relativa disponibilidad profesional y por último analizar los motivos últimos por los que se elige dicha opción. Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *op. cit.*, pp. 32, 33 y 53-60.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

La mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, antes y ahora, un presupuesto de singular valoración para la admisión de la guarda y custodia compartida, que es la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común, ya que en caso contrario dicha medida puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente los menores, que conforman el punto referencial más vulnerable... Esta conclusión se ve matizada por sentencias que admiten que la conflictividad entre los progenitores no obsta para instaurar el régimen de guarda y cuidado compartido.⁸⁷

No se puede desconocer que un alto grado de conflictividad entre los padres es un aspecto gravitante en la custodia compartida; pero la solución del caso concreto exige poder precisar si aun en estos casos la custodia compartida va en el mejor interés del NNA, lo que exige poder analizar tanto su opinión como determinar las habilidades parentales de los padres. En este sentido, es sumamente interesante la STS del 16 de octubre de 2014, que, al resolver un recurso de casación: núm. 683/2013, señala lo siguiente:

[A] la vista de lo expuesto hemos de declarar que en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, dado que la tensa situación que concurre en los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal. Por otro lado se acredita la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y que se abstienen de predisponer negativamente a los hijos, todo lo cual motiva la admisión del sistema de custodia compartida, como medida más favorable en interés de los menores.⁸⁸

b) *La proximidad de los domicilios de los padres.* Delgado del Río señala que el hecho de que los padres residan en domicilios diferentes, especialmente cuando éstos están a gran distancia o en localidades

⁸⁷ Delgado, Gregorio, *op. cit.*, pp. 171 y 172.

⁸⁸ Seijas *et al.*, *op. cit.*, p. 117.

diferentes, puede representar un obstáculo para acordar una guarda compartida.

Dentro de los argumentos jurisprudenciales encontramos los siguientes: los constantes cambios pueden generar inestabilidad en los niños; el cambio constante no supondría un beneficio sustancial para los menores; no se favorece la adaptación de los menores y repercute negativamente a nivel emocional y en su rendimiento académico; obliga a los niños a estar todo el día haciendo y deshaciendo las maletas, y no se acostumbrarían a vivir ni en un sitio ni en otro; puede alterar perjudicialmente la normalidad de la vida de los menores; entre otros. Luego, el autor expone jurisprudencia en la que, por la proximidad de los domicilios, la guarda compartida no representa un impedimento.⁸⁹

c) *La opinión del NNA*. Existe cierto consenso en que el NNA debe ser oído, dependiendo de las edades de forma directa o indirecta (si es muy pequeño). En la valoración de dicha decisión se debe tomar en cuanto su madurez, y ella debe ser ponderada por el juez conforme al interés superior. Sin embargo, pasada cierta edad, los jueces suelen tomarla como el antecedente de mayor relevancia para conceder la custodia compartida.⁹⁰

Con objeto de que el juez se haga una idea más concreta del grado de implicancia de los padres y compruebe si es posible la alternancia de residencia, puede solicitar un informe pericial. La custodia compartida exige una labor acuciosa de parte del juez en torno al rango de alternancia de los padres. Así, aunque los jueces puedan establecer un estándar común más o menos general de alternancia, como podría ser mes por medio o semestre alternado, siempre será necesario verificar si dicho estándar puede ser cumplido por los padres y la alternancia está de acuerdo con el interés superior del niño en concreto.⁹¹ En Francia

⁸⁹ Delgado, Gregorio, *op. cit.*, pp. 172-178.

⁹⁰ Guilarte, Cristina, *op. cit.*, p. 47.

⁹¹ Encabo y Romero señalan con relación al reparto de los días de cuidado personal y respecto a las familias analizadas, que cada una de éstas tiene una realidad diferente, y eso conlleva a la adopción de un acuerdo diferente entre padre y madre; esto es, no existe una regla general. Siendo distintos los factores que determinan la distribución de días, entre éstos, la distancia entre la madre y el padre, la edad de los niños (ya sea porque son pequeños o porque son mayores), los compromisos laborales y hasta las ganas de estar presente en la crianza del hijo y priorizarla. Dicha complejidad se extiende a las

RODRIGO BARCIA LEHMANN

se exige un informe de un psicólogo o de un asistente social que avale la alternancia. Su elaboración dura alrededor de tres meses, y permite definir las condiciones en que vivirá el menor; por ejemplo, cómo es el entorno de cada progenitor; cómo es la relación del hijo con cada uno de sus padres; cómo le habla a su hijo de su excónyuge cada padre; si existen tensiones entre ellos; qué recursos tiene cada uno, entre otros.⁹² A este respecto, también debe tenerse presente que el informe pericial psicológico debe ser específico en torno a lo que proponen los padres; por ejemplo, si se pide una custodia compartida con residencia alterada deben especificarse todos los aspectos de ella.⁹³

Para finalizar, en la actualidad los tribunales se inclinan claramente por la custodia compartida, como el régimen que está más de acuerdo con el principio del interés superior del niño. Naturalmente, ello sólo es posible de concurrir los requisitos de procedencia, de la referida custodia compartida.⁹⁴ Así, la custodia compartida podría darse en caso de mala relación entre los padres, pero en la medida en que ello vaya en el interés superior del niño.⁹⁵

vacaciones. Encabo, Emilio y Romero, Juan, *Custodia consensuada. Para custodias, colores*, España, Litera Libros, Albuixech, 2012, pp. 115-118.

⁹² Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *op. cit.*, p. 31.

⁹³ Guilarte, Cristina, *op. cit.*, pp. 48-50.

⁹⁴ Ello se desprende de la STS, del 25 de noviembre de 2013, que en palabras de Guilarte: “afirma que en el régimen de custodia compartida se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación entre los padres, en beneficio del menor”. Guilarte, Cristina, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁵ Y ello no es claramente de esta forma en la medida en que la custodia compartida perjudique al NNA.

Poussin y Lamy señalan que, considerando que hay padres que se muestran muy sensibilizados con la noción de paridad, es preferible que en ciertos casos, sobre todo inmediatamente después de la ruptura, se establezca una dinámica estrictamente igualitaria, con el fin de evitar cualquier tipo de conflicto o ventaja por parte de uno de los progenitores (reparto de tiempo equitativo, 50% con cada uno). Sin embargo, señalan que este igualitarismo detallista corre el peligro de convertir la custodia compartida en un instrumento de revancha y de desviarla así de su objetivo principal: permitir que el hijo tenga el mismo contacto con sus dos progenitores. Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

B. *La custodia compartida con oposición en el derecho chileno*

La Ley 20.680 de 2013 actualizó la anacrónica regulación de los deberes y facultades de filiación de los padres, al regular expresamente y únicamente la custodia compartida de común acuerdo, y no refiriéndose a la custodia compartida con oposición. También es necesario recalcar que uno de los proyectos de reforma contemplaba la custodia compartida como régimen legal general y supletorio.

Para analizar la regulación chilena respecto de la custodia compartida, con oposición de uno de los padres, en seguida se analizarán los siguientes aspectos: lo que la doctrina y jurisprudencia chilenas han señalado respecto de la custodia compartida con oposición y los argumentos a favor de esta figura.

a. *Posición de la doctrina y jurisprudencias chilenas frente a la custodia compartida con oposición*

Tapia señala que (dada la regulación de la Ley 20.680) la custodia compartida con oposición no es posible. El fundamento de su posición consiste en que nuestra legislación sólo se permite que el juez dé lugar a la custodia compartida de común acuerdo entre los padres, conforme a lo establecido en el artículo 225 del CCch. Para Tapia, el derecho chileno habría establecido una suerte de “derecho a veto” de un padre sobre otro en la custodia compartida con oposición;⁹⁶ pero como se verá, su argumentación debe desecharse, por cuanto en la historia fidedigna de la Ley 20.680 sólo se analizó la custodia

⁹⁶ Tapia, aunque califica esta situación de negativa, señala: “[P]or último, el inciso 4 de ese mismo artículo (se refiere al artículo 225) agrega que los padres que viven separados pueden «de común acuerdo» determinar que el cuidado personal de los hijos corresponde a «ambos de forma compartida»... [e]l juez carece, según esta regla general (se refiere al artículo 225), de facultades para asignar el cuidado compartido en ausencia de acuerdo de los padres. Esto es, se otorga a cada padre un derecho a veto, para oponerse y hacer inviable un a cuidado personal compartido que pueda beneficiar a los hijos” (lo señalado entre paréntesis es mío). Tapia, Mauricio, “Actualidad legislativa. Comentarios a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley núm. 20.680)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, 2013, núm. 21, p. 17.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

compartida con oposición como sanción al padre custodio. La jurisprudencia también se ha pronunciado en contra de esta posibilidad, en los siguientes términos:

a) En “F con V”, RIT C-5984-2013, Primer Juzgado de Familia de Santiago, la Corte Suprema resolvió un recurso de casación en el fondo, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2015, Rol Ingreso de Corte núm. 4889-15, contra la sentencia que desechó la demanda de cuidado compartido del padre, con oposición de la madre. En el considerando 7o. del fallo se resuelve:

...en consecuencia, los sentenciadores del fondo no han infringido dicha disposición al decidir que el régimen de cuidado compartido no puede ser regulado por vía judicial a través de una sentencia, sino que solo por acuerdo de los padres. Además, como la reforma introducida por la Ley núm. 20.680 al Título IX, Libro I, del Código Civil, en lo que interesa, persigue reforzar la idea que los padres deben asumir de manera plena la responsabilidad que les cabe en la crianza, educación y establecimiento de los hijos, vivan juntos o separados, estableciendo que el principio de corresponsabilidad es un imperativo legal en todos los regímenes de cuidado personal una vez cesada la vida en común, con la finalidad que los padres asuman la responsabilidad de velar por el interés de sus hijos para procurar su mayor realización espiritual y material posible, no se ha conculcado la normativa consagrada en la Convención de los Derechos del Niño...

En realidad, la sentencia precedente sólo justifica el rechazo a la custodia compartida argumentando que la Ley 20.680 sólo estableció la custodia compartida de común acuerdo, lo que es absolutamente insuficiente conforme a lo ya analizado.

b) En “Z con S”, RIT C-314-2014, seguidos ante el tribunal de familia de Coyhaique, la Corte Suprema acoge un recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la CA de Coyhaique, de 7/04/15, Rol núm. Ingreso Corte de Apelaciones 8-2015. La sentencia de la Corte Suprema, del 17 de diciembre de 2015, Rol Ingreso Corte núm. 6320-15, anula un fallo de la CA de Coyhaique que había confirmado un cuidado compartido con oposición de un padre. La sentencia de primera instan-

cia, haciendo una aplicación del principio del interés del niño, decretó —dado que los padres habían convenido en los hechos un cuidado personal alternativo— un cuidado compartido. El razonamiento de los jueces de instancia, a este respecto es impecable; pero la CS, acogiendo un recurso de casación en el fondo, negó lugar al cuidado compartido con oposición de un padre. Los fundamentos del fallo anulatorio son tres. El primero, es que esta figura no existe, y los tribunales inferiores, al establecerla, trasgredirían el artículo 225 del Ccch;⁹⁷ el segundo consiste en que el derecho comparado no contemplaría esta figura,⁹⁸ y el tercero señala que esta figura no procede en la especie dada la continua conflictividad de los padres.⁹⁹ El primer fundamento del fallo

⁹⁷ En este sentido, en el considerando 7o. del fallo de casación resuelve: “[Q]ue, del modo antes expresado, queda claro que la determinación de los sentenciadores en relación a fijar el cuidado compartido a favor del menor de autos, no tomó en consideración el inciso tercero del artículo 225 que señala expresamente que «En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido». Del cual se deduce sin ninguna duda, que el juez no tiene atribución para fijar como forma de ejercer el cuidado personal de un hijo, el de hacerlo en forma de cuidado compartido, ya que la ley establece claramente todas las posibles soluciones que puede tomar el juez, en los casos sometidos a su decisión”. Y todavía de forma más clara, en la sentencia de reemplazo, resuelve: “Quinto: Que es por lo anterior que el legislador no le dio atribuciones al juez para fijar el cuidado compartido (se refiere a que la figura no existiría en el Derecho comparado), porque los padres que llevan sus disputas a los tribunales y prefieren que un extraño decida en lugar de ellos mismos, quien está mejor capacitado para ejercer el cuidado de sus hijos o que decida en definitiva al cuidado de quien sus hijos estarán mejor; no son los padres de los que habla la doctrina, estos que se encuentran en un alto grado de armonía y cooperación” (lo señalado entre paréntesis es mío).

⁹⁸ En la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema resuelve: “Cuarto: Que la doctrina y el derecho extranjero están de acuerdo en señalar, respecto al cuidado compartido, que «Otro rasgo importante de esta institución es su fuente en la convención de los padres. Los acuerdos de tuición conjunta o alternada desde su introducción en los años 1980 son convenios entre los padres. Requieren el mutuo acuerdo entre progenitores. Lo que resulta difícil de aceptar es que los tribunales de familia decreten estos sistemas contra la voluntad de uno de los padres. En el ámbito norteamericano, hay numerosos estudios que desaconsejan la tuición compartida si no hay un alto grado de armonía y cooperación entre los padres» Rodríguez, María Sara, *El cuidado personal de niños y adolescentes*, Chile, Abedelot-Perrot, 2010 p. 97”.

⁹⁹ En la sentencia de reemplazo respecto a la conflictividad de los padres se resuelve lo siguiente: “Séptimo: Que en el caso de marras, aún cuando se quisiera interpretar el

RODRIGO BARCIA LEHMANN

no se hace cargo porque no existe ninguna norma prohibitiva a este respecto, y que el interés superior del niño —al ser el principio rector— puede llevar a que el juez establezca figuras reconocidas por el derecho comparado, como el cuidado compartido con oposición de un padre. La sentencia tampoco realiza un estudio acabado de la historia de la Ley 20.680; dicho estudio permitiría concluir que lo que se desechó es la custodia compartida con oposición de uno de los padres como sanción al padre custodio, como se analiza en detalle más adelante.

La sentencia yerra, sobre todo, al referirse al derecho comparado, porque como hemos visto en detalle, esta figura es ampliamente acogida en el derecho comparado. Finalmente, el tercer sustento, el grado de conflictividad, debió ser objeto de un análisis más profundo. En la doctrina y jurisprudencia española, el grado de conflictividad sólo es relevante si hace imposible el cuidado compartido, y en el RU en la medida en que ella se traduzca en un entorpecimiento de los deberes y facultades del padre no custodio es una causal para conceder el cuidado compartido con oposición.

c) Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema ha resuelto que es posible demandar el cuidado personal con oposición, y que no procede desechar estas demandas en el control previo de admisibilidad. En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema, del 29 de septiembre de 2015, en autos caratulados “G con R”, RIT C-1101-2014, seguidos ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, anula la resolución del 28 de febrero de 2014, que no dio lugar a dar curso a la demanda de cuidado personal compartido, y la sentencia que confirma dicho fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 30 de junio de 2014. Las sentencias anuladas, aplicando el artículo 54.3 de la LTF, realizan un control de admisibilidad, que las conduce a desechar la demanda. A este respecto, la sentencia de la Corte Suprema resolvió lo siguiente:

artículo 225 entendiendo que el juez sí tiene atribución para fijar la custodia compartida, los padres (del NNA), han llevado múltiples problemas para ser resueltos por los tribunales, por ser ellos mismos incapaces; lo que no augura que el cuidado compartido sea el mejor régimen para (el NNA), ya que se prevén innumerables disputas entre los padres, lo que dista de ser aquellos padres aptos para llevar exitosamente adelante este tipo de régimen, por lo cual no será esta la mejor forma de proteger la estabilidad emocional del niño de autos” (lo señalado entre paréntesis es mío).

5o. Que, por lo tanto, si bien el control de admisibilidad en los términos señalados en el inciso 3 del artículo 54-1 de la Ley núm. 19.968 dice relación con el derecho sustantivo aplicable al caso concreto, no puede ejercerse cuando la pretensión que se formula no está rechazada de forma categórica en la ley de modo tal que impida de manera absoluta, explícita y directa, adoptar cualquier decisión de orden jurisdiccional que pueda solucionar el conflicto jurídico planteado de orden familiar, que, en ese contexto, necesariamente habrá de ser resuelto en la sentencia definitiva que debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, tal como lo garantiza el inciso 5 del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Una conclusión en sentido contrario, además, contraría la regla de la inexcusabilidad consagrada en el inciso 2 del artículo 76 de la Carta Fundamental y en el inciso 2 del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, pues, en definitiva, el tribunal aparece rechazando la intervención reclamada en un asunto que por ley se encuentra entregado a su conocimiento y resolución; 6 Que, por consiguiente, se debe concluir que los jueces del fondo al confirmar la resolución apelada incurrieron en el error de derecho denunciado; razón por la que el recurso debe ser acogido.¹⁰⁰

En atención a la posición mantenida por la escasa doctrina que se ha referido a este tema y la jurisprudencia precedente, es necesario referirse a la historia de la Ley 20.680 de 2013. El proyecto de ley, que dio lugar a la Ley 20.680, sufrió varias mutaciones en su aprobación, y de todos los proyectos que se propusieron respecto de esta ley quedaron en tramitación los dos siguientes: el de los exdiputados Álvaro Escobar y otros (*Boletín* núm. 5917/18, del 12 de junio de 2008), por una parte, y el de iniciativa del diputado Gabriel Ascencio y otros (*Bo-*

¹⁰⁰ Sin perjuicio de lo anterior, el fallo contó con los votos disidentes de la ministra Andrea Muñoz y de la abogada integrante Leonor Etcheberry, quienes fueron de opinión de rechazar el recurso, porque el inc. 3 del artículo 54-1 de la Ley 19.968, contempla un control de admisibilidad, que no sólo debe limitarse al examen del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, sino que debe extenderse al análisis del derecho sustantivo que sirve de fundamento a la pretensión, en el caso concreto y por tratarse de una demanda de cuidado personal compartido, a lo dispuesto en el inc. 2 del artículo 225 del Código Civil, que sólo lo contempla si existe acuerdo en ese sentido entre los padres, hipótesis que no concurre.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

letín 7007-18, del 29 de junio de 2010),¹⁰¹ por la otra. Así, tenemos que, conforme al *Boletín del Congreso* núm. 5917/18, el proyecto de artículo 225 establecía un cuidado personal compartido, aún después de la separación de los padres, y facultaba al juez a decretar el cuidado personal compartido.¹⁰²

Posteriormente, una indicación sustitutiva del Ejecutivo, no dejaría a la custodia compartida como régimen legal supletorio.¹⁰³ A ello se puede agregar que el Segundo Informe de la Comisión de Familia, del 28 de junio de 2011, señalaba, respecto del cuidado personal compartido como regla legal supletoria, que “[D]ado que las relaciones y circunstancias familiares son tan diversas, no puede establecerse como regla supletoria el cuidado personal compartido, como tampoco afirmarse a priori que ésta constituya la mejor alternativa”.¹⁰⁴

Sin embargo, la referida indicación sustitutiva permitiría que se diera lugar al cuidado personal con oposición por resolución judicial, pero exigiéndose la concurrencia de las siguientes causales taxativas: *i*) el que la madre o padre que tenga el cuidado personal impida o entorpezca injustificadamente la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente, y *ii*) cuando denuncie o demande falsamente al padre no custodio a fin de perjudicarlo y obtener beneficios económicos (así

¹⁰¹ Este proyecto de ley era distinto de los anteriores por cuanto mantenía la regla de la superioridad de la madre, como solución legal subsidiaria, y permitía al juez decretar la custodia compartida con oposición. El proyecto generó una gran discusión en el Senado, en que participaron Alvear, Saffirio, Tumas, Walker, etcétera.

¹⁰² En este sentido, la referida norma era del siguiente tenor: “Artículo 225. Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cu[á]l de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos”.

¹⁰³ Así, se formula Indicación Sustitutiva al proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados (*Boletín* 5917-5918), del 30 de marzo de 2011, núm. 001-359/, p. 5.

¹⁰⁴ En este sentido, definía el cuidado personal compartido como: “[E]l cuidado personal compartido, acordado por las partes o decretado judicialmente, es el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados”, historia de la Ley 20.680, p. 10.

se señala en el mensaje del Ejecutivo).¹⁰⁵ Concretamente, se solicita la agregación al artículo 224 del siguiente inciso 4:

[v]elando por el interés superior del hijo, podrá el juez entregar el cuidado personal a ambos padres, cuando el padre custodio impidiere o dificultare injustificadamente, el ejercicio de la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo o hijos, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente. También podrá entregarlo cuando el padre custodio realice falsas denuncias o demandas a fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos.¹⁰⁶

Esta forma de entender la custodia compartida con oposición, no prosperó. En contra de ella se presentaron el encargado de la protección legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el profesor Nicolás Espejo, y las profesoras Fabiola Lathrop y Sara Rodríguez. Todos estos autores coincidieron en que la custodia compartida no puede considerarse como una sanción al padre custodio.¹⁰⁷

En la Segunda Indicación del Ejecutivo, del 20 de diciembre de 2011 (núm. 426-359), ya no se considera la custodia compartida con oposición como sanción al padre custodio.¹⁰⁸

En virtud de las consideraciones precedentes, la Ley 20.680 desechó el cuidado personal compartido como regla de asignación legal general y supletoria, prefiriendo asignar el cuidado personal a uno de los padres, conforme al interés superior del NNA (artículos 225.4 y 225-2, CC); no aprobó el cuidado personal con oposición de un padre, como sanción al padre custodio, y reguló el cuidado personal de común acuerdo (artículo 225.1 CC). Estas consideraciones llevan a concluir que en realidad no hay una referencia en la historia de la Ley 20.680, tajantemente en contra de la custodia compartida con oposición desde que sólo se refiere a esta figura como sanción al padre no custodio. La solución parece adecuada sobre todo por cuanto la regla

¹⁰⁵ *Ibidem*, nota 103.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 6.

¹⁰⁷ Historia de la Ley..., *cit.*, pp. 160, 162 y 165.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 147 y 148.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

general de nuestro derecho es la custodia indistinta. Ello, sin perjuicio de que, como hemos podido analizar, la custodia compartida con oposición como sanción al padre custodio es una figura marginal en el derecho comparado (como se aprecia de la *share residence order* de la jurisprudencia del RU).

b. *¿Se podría dar lugar al cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres en el derecho chileno?*

Lo primero que se debe aclarar es que a lo menos en Chile, la custodia compartida con oposición exigiría de parte de los jueces una aplicación conforme a los principios del interés superior del NNA y de la corresponsabilidad. Ambos principios son plenamente reconocidos en nuestro derecho, y se trata de principios con funciones de interpretación e integración en el derecho. En este sentido, la custodia compartida debe ser considerada en la medida en que uno de los padres lo solicite, no siendo relevante la oposición del otro. La lógica del derecho de infancia es que los jueces no deben hacer sólo lo que las leyes les ordenan de forma concreta, sino muy por el contrario, deben hacer todo aquello que vaya en beneficio del interés superior del NNA. Por ello, el argumento que señala que no está regulada la custodia compartida con oposición, no es suficiente, desde que existiendo la figura de la custodia compartida, los jueces pueden aplicarla en la medida en que el interés superior del NNA los impulse a ello.

Por otra parte, en la discusión de la Ley 20.680 hay dos muy buenos argumentos a favor de la custodia compartida con oposición. El primero es que la regla de la custodia compartida, como regla preferente, se desechó precisamente porque se estimó que la custodia exclusiva o compartida debe determinarse en concreto, conforme al interés superior, y no cabía establecer una regla exclusiva a este respecto.¹⁰⁹ El segundo argumento es que en la discusión de la Ley sólo se desechó

¹⁰⁹ Véase la transcripción del Segundo Informe de la Comisión de Familia, del 28 de junio de 2011, recaído en dos proyectos de ley que modifican normas del Código Civil en materia de cuidado personal de los hijos (*Boletines* 5917-5918 y 7007-7018, refundidos) reproducido previamente.

una forma concreta de custodia compartida con oposición: la que se decreta como una sanción al padre custodio.¹¹⁰

Finalmente, el principio inspirador de la Ley 20.680 es el de la corresponsabilidad, que fue consagrado expresamente en el artículo 224, CC, que lleva a que los jueces deban establecer los criterios y condiciones específicos conforme a los cuales se puede dar lugar al cuidado personal compartido con oposición. El juez debe solicitar la prueba concreta con relación a este régimen, que no sólo debe recaer sobre la conveniencia de adoptarlo, sino que debe ser decretado conforme al mejor desarrollo del NNA; exigiendo un esfuerzo adicional del tribunal de familia, por lo que independientemente de que se establezca algún estándar de alternancia —por ejemplo, una que establezca una residencia principal— debe acreditarse que dicho régimen en concreto es beneficioso para el NNA.

La legislación sobre custodia personal respecto de padres separados debe otorgar al juez todas las herramientas necesarias para concretizar de la mejor forma posible, con relación al caso que se le presenta, el interés superior del niño. Así, se ha entendido en el derecho comparado que el principio del interés superior lleva a desvincular al juez de las peticiones de las partes, pudiendo y debiendo tomar todas las medidas pertinentes a la protección y desarrollo del niño. Naturalmente, que el único límite para la toma de decisiones es que las medidas vayan en real beneficio del menor.¹¹¹

Ahora bien, dentro del derecho chileno, la declaración judicial de cuidado personal compartido con oposición sólo podría generarse en un procedimiento ordinario de familia, ya sea por demanda o reconvencción; pero en ambas situaciones será de vital importancia que el auto de prueba permita que las partes puedan rendir la prueba tendiente a acreditar la conveniencia del NNA en torno a la custodia compartida; es decir, a las circunstancias que se analizaron previamente en torno a su otorgamiento. A dicho efecto será especialmente relevante escuchar al NNA y a los propios padres.

¹¹⁰ En este sentido, no se advirtió que la regla actual es todavía más fuerte a este respecto, por cuanto un padre obstructor debería perder el cuidado personal, como ya ha acontecido con algunas sentencias.

¹¹¹ Pinto, Cristóbal, *op. cit.*, 2009, pp. 56 y 57.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

4. Conclusiones generales en torno a la custodia compartida con oposición de uno de los padres

Los diferentes sistemas jurídicos contemplan distintas reglas generales para los casos en que los padres no se pongan de acuerdo en torno a la custodia, cuidado personal, autoridad parental, etcétera, de los hijos, y establecer siempre alguna regla supletoria preferente. La CDN no impone un criterio a este respecto, pero puede establecerse una custodia exclusiva, unilateral o indistinta, por una parte, o compartida, por la otra. Independientemente de ello, la CDN lo que exige es que ambos padres participen en la crianza y educación de los hijos (artículo 5o.) y que se adopten por el Estado, lo que comprende a los jueces, las medidas que hagan efectivos los derechos reconocidos por la convención (artículo 4o.); por ello, en el caso más alejando de una regla de corresponsabilidad más estricta, como lo es la custodia compartida, se deben tomar ciertos resguardos.

En el presente trabajo se analiza uno de ellos —que aunque conviene con deberes y facultades conjuntos e indistintos, como los deberes y facultades del padre custodio (custodia principal) y del no custodio (custodia indistinta, en su caso, supervigilancia y control y cooperación y auxilio)— en específico: la custodia o cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres. Desde la perspectiva del principio del interés superior, el juez está habilitado para conceder estas custodias, y ello es evidente, ya que en muchos casos la situación óptima de desarrollo de derechos de la infancia sólo será posible a través de dicha figura. El juez en su declaración debe ser cuidadoso midiendo las habilidades parentales de ambos padres, escuchando al niño y analizando si el nivel de conflictividad de los padres es tal, que impedirá la custodia compartida.

5. Bibliografía

ALASCIO, Laura, “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (artículo 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Su-

- premo de 1o. de octubre de 2010”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2011, disponible en: http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf.
- ALCÁZAR, Rafael, “Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial Estrategia para la validación científica de la escala (ICC)”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, España, núm. 3, 2014.
- ANGUEIRA M, Hiram, “La custodia compartida como política pública en Puerto Rico: el principio del fin a la violación de derechos constitucionales de los padres en las salas de familia?”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, San Juan, vol. 81, núm. 3, 2012.
- BALDJIEVA, Miglena, “The Concept of Parental Responsibility in Bulgarian and English Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonization of the Family Law in Europe*, Bélgica, Intersentia, 2003.
- BATT, John, “Child Custody Disputes and the Beyond the Best Interests Paradigm: A Contemporary Assessment of the Goldstein/Freud/Solnit Position and the Group’s *Painter v. Bannister* Jurisprudence”, *Nova Law Review*, vol. 16, 1992.
- BODELÓN, Encarna, “La custodia compartida desde un análisis de género. Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en PICONTO, Teresa (ed.), *Custodia Compartida, Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas*, núm. 56, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 2010.
- CASTILLERO, Raquel, *La guarda y custodia de hijos menores, Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, Madrid, La Ley, 2007.
- CRUZ, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid, La Ley, 2012.
- DELGADO, Gregorio. *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Madrid, Thomson-Reuters, 2010.
- DONOSO, Andrés y LARRAÍN, Sara, “Algunas consideraciones sobre el sistema de custodia compartida”, *Revista de Familias y Terapias*, Santiago, año 17, núm. 27, 2009.
- ENCABO, Emilio y ROMERO, Juan, *Custodia consensuada. Para custodias, colores*, España, Litera Libros, Albuixech, 2012.

RODRIGO BARCIA LEHMANN

- ESPEJO, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en LEPIN, Christian y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (eds.), *Estudios de derecho de familia I*, Santiago, Thomson Reuters, 2016.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ, Judith, *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GUILARTE, Cristina, *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Madrid, Lex Nova, 2009.
- GUILARTE, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del tribunal supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- HERNANDO RAMOS, S., “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, *La Ley*, sección Tribuna, La Ley, 29 de junio de 2009.
- HERRING, Jonathan et al., “Disputes Over Children”, *Family Law*, 2a. ed., Inglaterra, Palgrave, 2015.
- KELLY, Joan, “Further Observations on Joint Custody”, *University of California Davis Law Review*, vol. 16, núm. 3, 1983.
- KELLY, Joan, “The Determination of Child”, *The Future of Children*, vol. 4, núm. 1, Children and Divorce, Primavera, 1994.
- LORES, Fernando y AYALA, Ariadna, “Entre el «deseo» de ser padres y ser padres «de tercera»: experiencias de la monoparentalidad entre padres solteros por elección (PSPE)”, en JOCILES, María Isabel y MEDINA, Raquel (eds.), *La monoparentalidad por elección. El proceso de construcción de un modelo de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- MARTINS, Rosa, “Parental Responsibilities Versus the Progressive Autonomy of the Child and the Adolescent”, en BOELE-WOELKI, Katherine (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of the Family Law in Europe*, Bélgica, Intersentia, 2003.
- MEYER, David, “The Constitutional Rights of Non-Custodial”, *Hofstra Law Review*, vol. 34, núm. 4, artículo 6o., 2006.
- MIRANDA, Manuel, “La protección de menores: una perspectiva constitucional”, *Custodia Compartida. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.
- NIKOLINA, Natalie, *Divided Parents, Shared Children*, núm. 39, Reino Unido, Intersentia, 2015.

LAS DOS FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE QUE LOS PADRES NO ESTÉN...

- PAU, Antonio, “La nueva regulación alemana sobre la patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXXV, fasc. III, julio-septiembre, 1982.
- PÉREZ, Carmen, *La custodia compartida*, Cuaderno de Aranzadi Civil-Mercantil, España, Thomson-Reuters, 2016.
- PICONTÓ NOVALES, Teresa, “Ruptura familiar y coparentalidad: un análisis comparado”, en PICONTÓ, Teresa (ed.), *Custodia Compartida. Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm. 56, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 2010.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, Barcelona, Bosch, 2009.
- POUSSIN, Gérard y LAMY, Anne, *Custodia compartida, cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, Madrid, Espasa-Calpe, 2005.
- PROBERT, Rebecca, *Cretney and Probert's Family Law*, Reino Unido, University of Warwick, Sweet & Maxwell, 2009.
- RABADÁN, Fuensanta, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, España, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2011.
- RIVEROS, Carolina, “La autorresponsabilidad y los efectos del divorcio”, en LEPÍN, Christian y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (eds.), *Estudios de derecho familiar I. Actas primeras jornadas nacionales*, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- SANFORD, Katz, *Family Law in America*, Oxford University Press, 2011.
- SEIJAS, José et al., “Recopilación de doctrina jurisprudencial de la sala primera en materia de derecho de familia año 2014. Custodia, traslado de menores y desamparo”, *Asociación Española de Abogados de Familia. Nuevos impulsos para el derecho de familia, Ponencias del XXII encuentro de la AEAFA*, España, Sepín, 2015.
- TAPIA, Mauricio, “Actualidad legislativa. Comentarios a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley núm. 20.680)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 21, 2013.
- TORRES, J. Manuel de, “Tratamiento del interés del menor en el derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LIX, fasc. II, abril-junio de 2006.
- VILLAGRASA, Carlos, “La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades”, en PICONTÓ, Teresa (ed.), *Custodia Com-*

RODRIGO BARCIA LEHMANN

partida. Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas, núm. 56, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 2010.

WITT, Gregory de et al., *Understanding Family Law*, Lexis-Nexis, 2005.

ZANNONI, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, t. II, 1989.

ZARRALUQUI, Luis, “El menor en las crisis familiares”, en LÁZARO, Isabel y MAYORAL, Ignacio (eds.), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, España, Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año V, núm. 14, julio-diciembre de 2018