

LAS DOS FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE QUE LOS PADRES NO ESTÉN DE ACUERDO [PRIMERA PARTE]*

THE TWO FORMS OF SHARED CUSTODY IN CASE THE PARENTS DO NOT AGREE [PART ONE]

Rodrigo BARCIA LEHMANN**

...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, p. 205)

RESUMEN: El presente artículo justifica la custodia compartida, aun con oposición de uno de los padres, como régimen legal supletorio preferente, pero sobre todo como régimen específico dentro de un sistema de

ABSTRACT: *This article justifies shared custody, even with opposition from one of the parents, as a preferred preferential legal scheme, but above all as a specific scheme within a system of indistinct custody. Joint custody is based on the fundamental*

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

Artículo recibido el 17 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2018.

** Abogado, Universidad Central de Chile, 1991; MBA Economía y Dirección Internacional de Empresas, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; European Master in Law and Economics, Complutense und Hamburg Universität, 1998, y doctor en derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, 2002. Profesor titular, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Pedro de Valdivia 1509, Providencia, correo electrónico: rbarcia@uft.cl. ORCID: 0000-0003-1021-446X.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 457-480.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

custodia indistinta. La custodia compartida se sustenta en los derechos fundamentales de los NNA (principios del interés superior y corresponsabilidad), pero especialmente en estudios empíricos.

rights of children and adolescents (principles of best best interest and co-responsibility), but especially in empirical studies.

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

Keywords: custody and shared personal care, co-responsibility of parents, equality of parents, best interests of the child.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los estudios e investigaciones sociales psicológicos son favorables a la custodia compartida.* III. *Los fundamentos jurídicos de la custodia compartida.* IV. *El derecho comparado en torno a la custodia compartida.* V. *Bibliografía.*

ABREVIATURAS

BBi	Beyond the Best Interests of the Child.
BGB	Bürgerliches gesetzbuch.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CA	Corte Apelaciones [Chile].
CCch	Código Civil chileno.
CCE	Código Civil español.
CCI	Código Civil italiano.
CC y C	Código Civil y Comercial argentino.
CDN	Convención de Derechos del Niño [Naciones Unidas].
CS	Corte Suprema [Chile].
LMC	Ley de Matrimonio Civil [Chile].
NNA	Niño, niña o adolescente.
PSPE	Padres solteros por elección.
SAP	Sentencia audiencia provincial [España].
STCE	Sentencia Tribunal Constitucional español.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la custodia compartida en caso de que los padres no se pongan de acuerdo, en dos modalidades: primero, como régimen legal general y supletorio, y segundo, como régimen especialmente en regímenes de custodia unilateral, indistinta (la custodia exclusiva debe ser un régimen excepcional conforme al principio de protección del NNA). La custodia compartida es una medida que debe contemplar el ordenamiento jurídico, a lo menos conforme a los principios de corresponsabilidad e interés superior del NNA en una de ambas modalidades. Y ello es evidente desde que los distintos ordenamientos jurídicos no están obligados a adoptar la custodia compartida como un régimen legal general y supletorio, pudiendo perfectamente optar por la custodia unilateral indistinta. Sin embargo, si la custodia compartida en concreto es lo mejor para el NNA, el juez debe poder declararla. Éste es un planteamiento esencial del moderno derecho de la infancia, que no puede ser soslayado por tribunales, sino vaciando de contenido sus principios rectores.

Adicionalmente a lo anterior, se evidenciará que el modelo de custodia compartida ha probado ser el más adecuado e impera en muchos países europeos, del *common law*, y latinoamericanos.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 jurisprudencial. 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 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

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>.

³ Los deberes y facultades de los padres con relación a los hijos recibe diferentes nombres en los distintos ordenamientos jurídicos. En el presente trabajo se recurre a la

otorgaron el cuidado personal al padre, de forma excepcional, mediante los tribunales, 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 sin custodia, en los hechos, condujo a que estos regímenes fueran evolucionando hacia regímenes de corresponsabilidad conjunta, primero, y de custodia compartida, después. Ello sucedió antes de que los ordenamientos jurídicos se inclinaran definitivamente por el cuidado conjunto o la custodia compartida a través de reformas legales. Y, en la mayoría, primero 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 (introducida por la Ley 20.680), se encuentra en un estadio intermedio, por cuanto dicha ley suprimió la regla de la superioridad materna y ha aumentado sustancialmente los deberes y facultades del padre no custodio, y conjuntos a través de la corresponsabilidad (artículo 224, CCCh). Sin perjuicio de lo cual la regulación del cuidado personal compartido ha dado lugar a serios problemas de aplicación e interpretación. Se plantea como un modelo a seguir el derecho español. Dicho país aún no establece un régimen de cuidado compartido legal y supletorio. Sin embargo, ello no ha impedido que aun cuando no se había regulado la custodia compartida con oposición —ello se hizo el 2005—, se decretaran igualmente custodias compartidas con oposición de un padre;⁵ y que, des-

terminología propia de cada país, que no coincide necesariamente con la chilena ni con la mexicana. El ejemplo más evidente de ello es la patria potestad, que en el derecho chileno atiende a los aspectos patrimoniales, pero en el derecho español y en el francés —antes de ser dejada sin efecto en este ordenamiento jurídico—, afecta y afectaba aspectos patrimoniales y personales.

⁴ En esta investigación 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 de Chile, Thomson Reuters, 2016, p. 209.

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

pués de la referida reforma, jurisprudencialmente se estableció el cuidado compartido como el régimen general.

Este artículo se centra en los casos de custodia compartida en sus dos modalidades: como regla general y supletoria, o como regla especial con oposición de uno de sus padres. Y, a este respecto, se debe aclarar que un sistema de cuidado personal indistinto —con un padre custodio y con deberes y facultades para el padre custodio—, puede y debe admitir como modalidad el cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres (sobre todo si se consagra el principio de corresponsabilidad).⁶ Y, en este sentido, un objetivo del presente trabajo es dejar en claro que en Chile —independientemente de que la custodia indistinta sea el régimen legal y supletorio—, la custodia compartida es una herramienta a la que puede y debe recurrir el juez, aunque sólo sea como un régimen especial.

Las objeciones al régimen de custodia compartida son conocidas, por lo que no serán reproducidas en esta investigación.

II. LOS ESTUDIOS E INVESTIGACIONES SOCIALES Y PSICOLÓGICOS SON FAVORABLES A LA CUSTODIA COMPARTIDA

Robert Bauserman señala que al revisar 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 se encontraron 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 vivían con ambos padres,

las razones para negar la coparticipación de los derechos y responsabilidad parentales. Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A; Domestic Relations § 1653, sub-§1 del 21 de septiembre del 2001. Cruz Gallardo, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, 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*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 27.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 457-480.

por cuanto los padres, durante su tiempo de custodia exclusiva, destinaban considerablemente más tiempo a 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.⁷ En los Estados Unidos, un informe similar fue elaborado por Batt. Dicho autor descarta el *Goldstein, Freud, Solnit Model*, conocido también como *BBi model (Beyond the Best Interests of the Child)*, que ha servido históricamente de base para la custodia exclusiva. Este 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.⁸ Los conceptos fundamentales del *BBi model* son: *continuity of relationship and psychological parent*. Estas nociones permiten fundamentar el cuidado exclusivo en uno de los padres o incluso en los abuelos. Lo esencial es que el menor tenga estabilidad emocional, ya que se presume que la separación lo ha dañado de forma irremediable. Sin perjuicio de lo anterior, algunos estudios modernos señalan que en caso de conflictividad de los padres, u oposición de uno de ellos, no debería proceder esta figura. Estos estudios, sin embargo, han sido puestos en tela de

⁷ 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://canadiancrrc.com/Fatherlessness/fam16191.pdf>.

⁸ 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*, vol. 16, núm. 2, 1992, p. 627, y Kelly, Joan B. “Further Observations on Joint Custody”, *University of California, Davis, Law Review*, vol. 16, núm. 3, 1983, p. 762.

juicio en la actualidad.⁹ La experiencia española —que se reproduce más adelante— es contraria a ellos, desde que la custodia compartida se está comenzando a aplicar incluso con oposición de uno de los padres, aun en casos de conflictividad.

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 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 mejores resultados que la dirección de un único padre custodio, aun en casos de conflicto entre los padres.¹² Poussin y Lamy, en el campo europeo, señalan que Jean Le Camus, profesor de psicología de la Universidad de Toulouse, ha concluido mediante sus investigaciones, que el padre (varón) 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.

⁹ Pardo Mendoza; Laura, “La guarda y custodia compartida en el equipo psico-social de los Juzgados de La Rioja”, *Memoria de Prácticas Estudio Diagnóstico, Equipo Psico social de los Juzgados de la Rioja*, España, 2014/2015, pp. 14-17 (disponible en: <http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d6097535/Guarda%20y%20Custodia%20Compartida.pdf>).

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

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”. *Ibidem*, Batt, John, p. 662.

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):

<i>Edad</i>	<i>Frecuencia del contacto con ambos padres</i>
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 Re-encuentro, 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 adquiriendo, aunque sea de un modo inconsciente, la percepción de la propia responsabilidad respecto de sus hijos.¹⁴ Ambos autores señalan los factores negativos de la custodia exclusiva, al señalar que

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

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*, Madrid, Thomson Reuters, 2010, pp. 255 y 278.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 457-480.

[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.

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

III. 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 La custodia compartida es la manifestación más importante 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,

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 a datos del año 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.*, , p. 247.

que se otorga al hijo, libertad para desarrollar tanto sus raíces maternas como paternas, y crecer respetando su doble herencia; y 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 en el hijo se creen las referencias que corresponden con relación a los adultos. 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; hay 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

¹⁷ *Ibidem*, 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”, capítulo 3, Picontó, Teresa (ed.), *Custodia compar-*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 457-480.

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 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 produjo a raíz de la aprobación, en el Congreso, de la Ley 20.680, en los siguientes términos. Nicolás Espejo, encargado de la Protección Legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en la tramitación del Proyecto de Ley, indica:

[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

tida, 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.

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

²⁰ Historia de la Ley 20.680. 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

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

[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

A su vez, en contra de estas posiciones 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. Preciso que en Francia, en 10 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.²²

Una opinión intermedia manifiesta Lathrop, indicando que

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

separados, *Biblioteca del Congreso Nacional*, Santiago, pp. 159 y 160 (disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdfpp).

²¹ *Ibidem*, p. 171.

²² *Ibidem*, pp. 300, 302 y 303.

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.

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 una 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 generado en el campo del género. El debate, 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, de que la custodia le corresponde a la madre.²⁴ 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 mu-

²³ *Ibidem*, p. 308.

²⁴ En este sentido, por ejemplo, socialmente son aceptadas las madres solteras; en cambio, los padres solteros se perciben como una situación anómala. El problema se plantea en los denominados “padres solteros por elección” (*PSPE*), por el cual los hombres 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.

jer 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 su pareja, dado que pensará en la situación en que estarán los hijos en la custodia compartida.²⁵ 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.²⁶ También se ha señalado que la custodia compartida permite que la mujer tenga una mejor empleabilidad y tiempo libre. Ello supone, además, como política de género y de igualdad material, la mantención de los alimentos y la declaración de bien familiar, aunque sea de una forma diferente a la custodia exclusiva.

IV. EL DERECHO COMPARADO EN TORNO A LA CUSTODIA COMPARTIDA

La concepción autoritaria de la familia se ha comenzado a dejar de lado, impulsada por una concepción de los derechos fundamentales basada en los principios del interés superior del niño —en una primera etapa de desarrollo— y, posteriormente, 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, más que exclusiva, indistinta. Así, los ordenamientos jurídicos comienzan a preferir el sistema de guarda o cuidado personal compartido, o de la autoridad parental compartida.²⁷ Producto de esta evolución, se han desarrollado los principios de corresponsabilidad y la coparentalidad. A pesar de que en

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

²⁷ 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 deci-

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 indistinto o exclusivo, han establecido deberes y facultades para el padre no custodio, dando lugar a sistemas de corresponsabilidad y coparentalidad.

Derecho europeo

En Francia, la regla general es la continuación de la autoridad parental después del divorcio.²⁸ El artículo 373-2-11o del Code (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 presiones o la violencia, de naturaleza física o psicológica, ejercida por uno de los padres contra la persona del otro.²⁹ 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. A su vez, 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.

siones 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.

²⁸ 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, *Code*).

²⁹ Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000022469784&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170302&oldAction=rechCodeArticle&fastReqId=1372571757&nbResultRech=1>

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 457-480.

El derecho de infancia alemán daría lugar a una serie de modificaciones inspirado tanto en la igualdad de los hijos como en la de los padres. La primera de estas reformas fue llevada a cabo mediante la Ley 18, de julio de 1979. En palabras de Pau Pedrón —quien escribió una de las principales monografías en castellano sobre este tema durante 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”.³⁰

De forma posterior, y a raíz de un problema de inconstitucionalidad, respecto de la posibilidad de demandar la custodia compartida 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).³¹ De 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 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 2000, del total de divorcios habidos en Alemania resultaron los siguientes porcentajes: en el 69.35 % de los casos hubo lugar a una guarda y custodia compartida de los padres. En el 21.62 % la guarda y custodia correspondió exclusivamente a la madre, y en el 1.52 % 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.³²

En España, las críticas al modelo de custodia indistinta se hacen cada vez más evidentes por parte de la dogmática. Es verdad que un sistema de custodia indistinta no es siempre incompatible con los principios del interés superior del niño y la corresponsabilidad de los padres; pero el mo-

³⁰ Pau Pedrón, Antonio, “La nueva regulación alemana sobre la patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, XXXV, fascículo III, julio-septiembre de 1982, p. 279.

³¹ Disponible en: <https://dejure.org/gesetze/BGB/1626a.html>.

³² Torres, José Manuel, “Tratamiento del interés del menor en el derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, LIX, fascículo II, abril-junio de 2006, p. 692.

delo de custodia compartida desarrolla de mejor forma los derechos de la infancia.³³ 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.³⁴ 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 y la paternidad y maternidad responsables.³⁵

El sistema jurídico español es muy interesante por cuanto, a pesar de que en principio no estableció un régimen de custodia compartido supletorio, en la práctica éste se ha impuesto vía jurisprudencia; pero ello se ha logrado después de una importante evolución en la doctrina española. De este modo, los tribunales se inclinan claramente por la custodia compartida, como el régimen que prioriza de mejor forma el principio del interés superior del niño. Naturalmente, ello sólo es posible de concurrir los requisitos de procedencia de la custodia compartida.³⁶ Por ello, se trata de

³³ 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 esta: ¿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.

³⁴ 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* del 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.

³⁵ Gete-Alonso y Calera, María del Carmen y Solé, Judith, *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 170 y 171.

³⁶ Lo anterior 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

un régimen supletorio, pero no de carácter general ni automático, como en los casos en que la fuente es legal. Incluso se ha resuelto que la custodia compartida podría darse en el caso de una mala relación entre los padres, pero en la medida en que ello vaya en el desarrollo del interés superior del niño.³⁷ De este modo, la jurisprudencia española ha terminado por imponer el cuidado personal compartido, como régimen supletorio, a pesar de la redacción del artículo 92.8 CCE.³⁸ Y ello lo ha hecho entendiendo que el sistema jurídico de infancia se articula en el interés preferente del NNA. Así lo ha resuelto una jurisprudencia sistemática del Tribunal Supremo español (sentencias del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 2005, 10 de diciembre de 2012, 29 de abril de 2013, 19 de julio de 2013, 12 de abril de 2016, 29 de marzo de 2016, 6 de abril de 2018, y fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 6 de diciembre de 2012, asuntos acumulados C-356/11 y 357/11 sobre reagrupación familiar).³⁹

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.

³⁷ 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. Lo anterior evitaría 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.

³⁸ La norma precedente establece de forma expresa: “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” (disponible en: <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>). El Tribunal Constitucional español declaró inconstitucional y nula la palabra “favorable” del inciso destacado del apartado 8, mediante fallo del 17 de octubre de 2012. Ref. BOE-A-2012-14060. Alascio Carrasco, Laura, “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10. de octubre de 2010”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2011, p. 22, disponible en: http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf. En contra: Bodelón, Encarna, *op. cit.*, p. 138.

³⁹ La STS del 6 abril de 2018, núm. 194/2018, Sala Civil, resolvió que el régimen de guarda y custodia compartida no se trata de una medida excepcional, sino que habrá

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 457-480.

Sin perjuicio de lo anterior, para poder declarar el cuidado personal compartido se ha exigido que se concrete la forma en la cual se ejercerá específicamente la educación y crianza de los hijos, y sobre todo la residencia alternada.

Los fallos precedentes han resuelto que la medida normal y generalizada en las relaciones paternofiliales es la custodia compartida. Esa es la forma de hacer efectivo el derecho de hijos a mantener una relación con sus padres. De esta jurisprudencia es especialmente interesante la sentencia 280/2017, Sala 1a. de lo Civil, 9 de mayo de 2017. En esta causa, tanto el tribunal de primera como de segunda instancia concedieron el cuidado personal exclusivo a la madre, rechazando la demanda de cuidado personal del padre, con demanda subsidiaria de cuidado personal. En ambas instancias no se rinde prueba pericial respecto de la conveniencia del cuidado personal que llevan a los sentenciadores a fallar a favor del *statu quo*, es decir, a favor de la madre. El padre recurre de casación contra la sentencia de segunda instancia, alegando precisamente lo que ha resuelto la jurisprudencia.⁴⁰ Este fallo es especialmente interesante en la parte que resuelve:

de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores. Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejerciendo sus derechos y obligaciones.

⁴⁰ El Informe Fiscal, que fue favorable a la madre en primera y segunda instancia, esta vez señala que “a pesar de no existir informe psicosocial acerca de la idoneidad del sistema de guarda y custodia compartida, al no haber sido solicitada tal prueba pericial por el hoy recurrente, esto no significa que tal carencia probatoria determine per se, la inaplicación de este sistema de custodia en la medida que el Juzgador a quo debe valorar el conjunto de las pruebas aportadas... la sentencia no valora otros parámetros que aparecen como hechos probados, en concreto: «que existen estrechos vínculos entre padre e hija», que el recurrente «es un buen padre y que la niña le tiene mucho cariño», imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, conforme a la doctrina de esta sala contenida en las referidas sentencias, que establecen que este régimen de custodia habrá de considerarse normal e incluso deseable, 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. Añade que en este supuesto no se describen, como hechos probados, la existencia de una conflictividad que impida el establecimiento de tal régimen de custodia compartida y, por el contrario, queda acreditado, la actitud del padre favorable al cuidado y atención de la menor y el cariño existente entre ellos, reconocido por la madre...” (considerando 2 del fallo del TS).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 457-480.

[C]iertamente que, a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril, se ha reiterado que la redacción del art. 92.8 CC no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional sino que, por el contrario, ha de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en cuanto lo sea. Pero la misma sala ha recordado que la interpretación del art. 92.5, 6, 7 y 8 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se adopte. Y ello, con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés (sentencia 54/2011, de 11 de febrero). De tal modo que la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto (entre otras, sentencia 748/2016 del 21 diciembre).

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo resuelve desear la casación por falta de prueba en concreto de la forma en que se llevará a cabo la custodia compartida. Y en este sentido, resuelve:

[e]l criterio de la sentencia recurrida, por lo demás, es coherente con la doctrina de esta sala mantenida en las sentencias 638/2016, de 26 de octubre y 722/2016, de 5 de diciembre, que consideran que, para modificar una situación de guarda que funciona bien, quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores). En el caso, ante la falta de datos y de valoración de la prueba sobre las ventajas que para la niña tendría el cambio de su situación actual, no puede considerarse criterio suficiente para adoptar la custodia compartida la buena relación entre el padre y la niña (considerando 3o.).

Para finalizar, 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.⁴¹ En Francia se exigen un informe 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 ex cónyuge cada padre; si existen tensiones entre ellos; qué recursos tiene cada uno, entre otros.⁴² 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,⁴³ y en este sentido son especialmente importantes los planes de parentalidad.⁴⁴ En ellos los padres estén o no de acuerdo con la

⁴¹ 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 los padres. De este modo, no es posible establecer una regla general. Sin embargo, se pueden mencionar los distintos factores que determinan la distribución de días entre los padres: 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 vacaciones. Encabo, Emilio y Romero, Juan, *Custodia consensuada. Para custodias, colores*, España, Litera Libros, Albuixech, 2012, pp. 115-118.

⁴² Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *op. cit.*, p. 31.

⁴³ Guilarte, Cristina, *op. cit.*, pp. 48-50.

⁴⁴ Esta es una figura que obliga a los padres, en los juicios de custodia, a señalar cómo se desarrollaría la responsabilidad parental con relación a ambos padres, sobre todo en lo que respecta a la crianza y educación de los hijos. Esta figura fue introducida el 2010 al Código Civil catalán. En este sentido, Tamborero señala que “[E]l Art. 233.9 (se refiere al CC catalán) establece que los padres deben concretar la manera cómo llevarán a efecto los deberes y derechos derivados de su responsabilidad parental, y en ese plano de obligaciones se debe hacer constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, al cuidado y la educación de los hijos” (lo destacado entre paréntesis es mío). En este mismo sentido, se puedo consultar a Delgado Sáez, que indica: “[E]n el caso de que en el plan de parentalidad no existiera acuerdo o no hubiera sido aprobado por el Juez, éste debe determinar la forma de ejercer la guarda y custodia, pudiendo disponer que se ejerza de modo individual si es lo que más conviene al interés del menor, artículo 233-2 CCC”. Igual solución se establece en las comunidades valenciana (art. 5.2º de la Ley Foral 5/2011), de Navarra (art.

custodia compartida deben proponer como debería operar respecto de su relación con el hijo si el juez la decreta.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALASCIO, Laura, “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1o. de octubre de 2010”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2011 (disponible en: http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf).
- 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, núm. 2, 1992.
- BAUSERMAN, Robert, “Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review”, *Journal of Family Psychology*, Canada, vol. 16, núm. 1, disponible en: <http://canadiancrc.com/Fatherlessness/fam16191.pdf>.
- 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.
- CRUZ, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, España, La Ley, 2012.
- DELGADO, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, España, Thomson-Reuters, 2010.
- DELGADO, Jéssica, “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las comunidades autónomas con derecho propio”, en PERALTA (ed.), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*, Madrid, Dykinson, 2017.

3 de la Ley Foral 3/2011) y vasca (art. 9 Ley Foral 7/2015). Tamborero, Ramón, “Guarda y custodia. Plan de parentalidad”, en Pérez Miranda, Tamborero; García Llorente y Arch Marin, *La nueva regulación del derecho de familia: legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 144, y Delgado Sáez, Jéssica, “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las comunidades autónomas con derecho propio”, en Peralta (editor), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*, Madrid, Dykinson, 2017.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 457-480.

- 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.
- 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, 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*, España, Lex Nova, 2009.
- GUILARTE, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- HISTORIA DE LA LEY NÚM. 20.680, Biblioteca del Congreso Nacional, Chile, disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdfpp.
- INFORME ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS-THEMIS, disponible en: <http://www.amecopress.net/spip.php?article236>.
- 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.
- KELLY, Joan B., “Further Observations on Joint Custody”, *University of California, Davis, Law Review*, vol. 16, núm. 3, 1983.
- PARDO, Laura, “La guarda y custodia compartida en el equipo psico-social de los juzgados de La Rioja”, *Memoria de Prácticas Estudio Diagnóstico, Equipo Psico social de los Juzgados de la Rioja*, España, 2014/2015, disponible en: <http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d6097535/Guarda%20y%20Custodia%20Compartida.pdf>.
- PAU, Antonio, “La nueva regulación alemana sobre la patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXXV, fasc. III, julio-septiembre de 1982.
- POUSSIN, Gérard y LAMY, Anne, *Custodia compartida, cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, Madrid, Espasa-Calpe, 2005.

- SENATO DELLA REPUBBLICA, XVII Legislatura Fascicolo Iter DDL S. 1163, disponible en: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/42930.pdf>.
- TAMBORERO, Ramón, “Guarda y custodia. Plan de parentalidad”, en PÉREZ MIRANDA *et al.*, *La nueva regulación del derecho de familia: legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, Dykinson, 2011.
- TORRES, José Manuel, “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”, capítulo 3, 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.

NOTA DEL EDITOR. Este artículo fue recibido por el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, y como una forma de difusión específica se ha decidido publicar también en la *Revista de Derecho Privado* del Instituto de Investigaciones Jurídicas, a que pertenecen ambas revistas. Sin embargo, esta versión presenta varias adecuaciones. La otra versión puede verse en: Barcia Lehmann, Rodrigo, “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”, *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, año V, núm. 14, julio-diciembre de 2018, pp. 85-140 (disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/13369>).