



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Barcia Lehmann, Rodrigo

Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo (segunda parte)

Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LII, núm. 154, 2019, Enero-Abril, pp. 15-38

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14136>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42771664001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LAS DOS FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE QUE LOS PADRES NO ESTÉN DE ACUERDO (SEGUNDA PARTE)*

THE TWO FORMS OF SHARED CUSTODY IN THE EVENT THAT THE PARENTS ARE NOT AGREE (SECOND PART)

Rodrigo BARCIA LEHMANN**

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 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.

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

ABSTRACT: *This article justifies the joint custody, even with the opposition of one of the parents, as a supplementary legal regime preferred, but primarily as specific within a system of indistinct custody. Shared custody is based on the fundamental rights of children (principles of superior interest and parental co-responsibility), but especially in empirical studies.*

Keywords: *Shared Custody, Parental Co-Responsibility, Equality of Parents, the Best Interests of the Child.*

* Artículo recibido el 17 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación el 9 de enero de 2018. Forma parte de la investigación titulada: “Facultades y deberes del padre no custodio”, Proyecto Fondecyt, núm. 1150454, 2015-2016, que tiene al autor como investigador responsable y al doctor Gonzalo Ruz como coinvestigador; además, es la segunda parte de un trabajo publicado en el número anterior de esta revista.

** ORCID: 0000-0003-1021-446X, licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 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 en la Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Pedro de Valdivia núm. 1509, Providencia, Correo electrónico: rbarcia@uft.cl.

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. *La custodia compartida con oposición en el derecho chileno*. VI. *Conclusiones en torno a la custodia compartida como régimen legal general y supletorio, o como régimen especial con oposición de uno de los padres*. VII. *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 del Tribunal Constitucional Español

IV. EL DERECHO COMPARADO EN TORNO A LA CUSTODIA COMPARTIDA

Italia ha establecido una valoración judicial prioritaria del cuidado compartido de los hijos. La Ley núm. 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, decretase la custodia exclusiva a favor de uno de los padres. La reforma se sustentó en los buenos resultados

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 15-38.

de la custodia compartida, tanto en los países en que ella se aplicó, como en los casos en que se había concedido en la propia Italia; y concretamente se estimó que éste debía ser el régimen general con base en dos fundamentos: primero, debido a los incentivos que genera esta regulación en adoptar conductas colaborativas de los padres; y segundo, para enfrentar algunas sentencias que, 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, el Senado de la República, XVII Legislatura archivo Iter DDL S. 1163, del 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 (Senato della Repubblica, n. d.: 9-12). Esto es importante por cuanto se refiere a casos de niños vulnerables.

1. *Derecho del common law*

La Children Act 1989 fue la modificación más importante introducida en el RU hasta la actualidad. Dicha reforma acuñaría el término “parental responsibility” (Eekelaar, 2017: 13-16), que vendría a reemplazar al de custodia.¹ Dicho término se define, por el párrafo 1, sección 3, de la Ley de 1989, como: “todos los derechos, deberes, facultades, responsabi-

¹ En este sentido, Nikolina señala: “[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, 2015: 51).

dad y autoridad con que el Derecho inviste a los padres con relación a la persona de sus hijos y su propiedad”.²

La 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 de autonomía de los NNA.³ La Ley de 1989 promueve que los padres, de forma preferente, decidan sobre la crianza y educación de los hijos. También faculta que los padres, de común acuerdo, puedan repartir las funciones propios de la filiación —sin perjuicio de lo cual la responsabilidad parental es indelegable—. En caso de conflicto, como si la madre impide el que se declarada la responsabilidad parental del padre —en la medida que no se hayan casado o no haya reconocido— el padre puede recurrir a una *parental responsibility order*. A su vez, si uno de los padres convive con el hijo e impide la relación con el otro padre, éste puede recurrir a una *contact orders*.

Como destacan Herring, Probert y Gilmore, a raíz de las modificaciones a la Children Act 1989,⁴ 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

² Nikolina señala, que la doctrina ha criticado esta definición por cuanto la ley no precisa el contenido concreto en que se descompone esta figura. La Comisión, que elaboró el Proyecto, prefirió no detallar en que 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, 2015: 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, 2003: 368). En cambio, para Baldjueva 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 (Baldjueva, 2003: 403 y 404). En igual sentido se manifiesta Probert que prefiere hablar de “[R]esponsibilities rather than rights” (Probert, 2009: 242).

³ La Reforma de 1989 se basa en estos dos aspectos (Nikolina, 2015: 46-49).

⁴ El “*Children and Families*” Act de 2014 modificó la legislación de 1989. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/contents/enacted>.

- 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, 2015: 94 y 95).

En todo caso, la acción que interesa es la denominada *share residence order*, que es una acción reconocida por la jurisprudencia inglesa, a raíz de un fallo del juez Ward J. L., para solicitar una custodia compartida con residencia alternada. Su aplicación 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 (*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.⁵ 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. Ello, por cuanto la *shared residence*, sólo se concede en casos en que el interés superior del niño en concreto lo justifique.⁶

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) núm. 2201/2003 de Consejo del 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cuando establece que las medias 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. Por tanto, al otorgarle a las medidas igualitarias, en torno a la responsabilidad parental, una fuerza ejecutiva evidencia que se trata de derechos preferentes.

En los Estados Unidos de América, 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 (Sanford, 2011: 111), e incluso en mucho estados se ha impuesto como el régimen legal general y supletorio; pero la Corte siempre mantiene la facultad de asignar el cui-

⁵ 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, 2015: 67 y 49).

⁶ A este respecto Nikolina señala: “[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, 2015: 25).

dado de forma exclusiva cuando la custodia compartida cause detrimento al hijo (*detrimental to the child*) (Meyer, 2006: 1473; De Witt, 2005: 481). Sin perjuicio de lo cual, los alcances de la custodia compartida (*joint custody*) no han estado exentos de críticas en el derecho americano.⁷ 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,⁸ 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 la opinión del NNA se pasa por alto] (Sanford, 2011: 112). El derecho americano 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 española o en la autoridad parental del derecho chileno. Y finalmente, la *joint physical and legal custody*, que es el equivalente a la custodia compartida por cuanto permite alternancia en la custodia del NNA (Sanford, 2011: 112). 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” (Kelly, 1994: 124).

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, estudios relativamente recientes indican que los tribunales están dejando de lado la custodia exclusiva y la indistinta para optar por estas formas de custodia.⁹

⁷ 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 alternativo o compartido “*joint physical custody*”, como residencia alternada (Meyer 2006, 1470).

⁸ Esta posición en todo caso está comenzando a dejarse de lado al reconocer distintos tipos de familia.

⁹ 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 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, 1994: 124).

2. *Derecho latinoamericano*

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 muy similar al italiano. Así, el nuevo artículo 641.b) del CC y C, promulgado el 7 de octubre de 2014,¹⁰ consagra una responsabilidad parental conjunta, aún si los padres están separados.¹¹

En Puerto Rico se establece la custodia compartida de forma legal y supletoria y se exige probar la inconveniencia del régimen por el padre recurrente mediante la Ley núm. 223 Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia, del 21 de noviembre de 2011.¹² La situación legal de los hijos con relación a sus padres, antes

¹⁰ 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”.

¹¹ 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, 1989).

¹² 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.

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

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, la hace Angueira, que elaboró 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. En igual sentido, Riveros plantea una mirada muy interesante sobre los alimentos 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, 2012: 881-894; Riveros, n.d.: 100-112).

V. LA CUSTODIA COMPARTIDA CON OPOSICIÓN EN EL DERECHO CHILENO

1. *Una cuestión previa: ámbito de aplicación de la custodia compartida con oposición en el derecho chileno*

La Ley núm. 20.680 de 2013 actualizó la anacrónica regulación de asignación de deberes y facultades de la infancia. Básicamente facultó a los jueces para asignar el cuidado personal a uno de los padres, conforme al interés superior del NNA en los casos de conflicto (artículos 225.1, 225.3 y 225.5 y 225-2 del CCch),¹³ terminando con la regla de la superioridad

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/>.

¹³ Estas disposiciones son del siguiente tenor:

“Artículo 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en

materna; y consagró de forma definitiva el principio de la corresponsabilidad de los padres en el artículo 224 del CCCh.¹⁴ Además, se ocupó de los derechos y facultades del padre no custodio en el artículos 229.1, 229.2 y

forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad...

En cualesquiera 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. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226...

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229...

Artículo 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar. b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad. c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo. d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229. e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades. f) La opinión expresada por el hijo. g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar. h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio. i) El domicilio de los padres. j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.

¹⁴ Esta norma establece lo siguiente: “Artículo 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 15-38.

229.4 del CCCh.¹⁵ No es del caso analizar acá este entrampado normativo, pero mucho de los conceptos a los que recurrió la reforma se inspiran en cláusulas generales.¹⁶ Es importante destacar también que los casos de cuidado personal indistinto —que no cabe confundirla con el cuidado personal exclusivo, que opera en casos de pérdida del cuidado personal por inhabilidad física o moral de un padre (artículos 226 del CCCh y 42 de la Ley de Protección de Menores)— deben ir acompañado con aspectos propios de la crianza y educación en que participe el padre no custodio. Un régimen como este puede ser calificado como de *joint custody*,¹⁷ pero ello dependerá de la participación del padre no custodio en aspectos propios de la crianza y educación de sus hijos. Lo contrario vendría a significar desconocer el peso normativo del artículo 224 del CCCh. Sin perjuicio de estos aspectos —que determinarán si los deberes y facultades del padre no custodio son correctamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia (aspecto que excede la presente investigación)—, lo que se analiza en

¹⁵ El precepto es del siguiente tenor: “Artículo 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable...

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana”.

¹⁶ No es del caso hacer un análisis de lo que se entiende por cláusula general, por cuanto este concepto es de aplicación general en el derecho privado. Sin perjuicio de lo cual, Valenzuela señala que “[E]l legislador utiliza expresiones de carácter general consagra, normativamente, principios jurídicos generalmente aceptados. Las disposiciones que contemplan expresiones como «buena fe», «buenas costumbres», «usos del tráfico», «enriquecimiento injusto», «orden público», «naturaleza de los contratos», «causa lícita», «objeto lícito», «buen padre de familia», «equidad» [y] «principios generales del derecho» llamadas «cláusulas generales», revisten gran importancia por su naturaleza y por las facultades que tienen los jueces para su interpretación y desarrollo” (Ferrada Valenzuela, 1996: 233).

Además, respecto de las cláusulas generales, se puede consultar en García Salgado, 2003: 105-130; De la Fuente Núñez de Castro, 2015; Miquel González, 2013: 223-252; De Torres Perea, 2016.

¹⁷ Véase el caso *Abbott vs. Abbott*, 560 U.S. 1, 2010. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/560/1/>.

el presente artículo es si el juez puede decretar el cuidado personal compartido con oposición del otro padre, cuando ello vaya en resguardo del interés del NNA.

La reforma de 2013 reguló expresamente sólo la custodia compartida de común acuerdo, y no se refirió 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 se abordarán los siguientes aspectos: lo que la doctrina y jurisprudencia chilenas han señalado respecto de la custodia compartida con oposición, por una parte, y los argumentos a favor de esta figura, por la otra.

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

Tapia señala que, dada la regulación de la Ley núm. 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.¹⁸ En igual sentido Lathrop señala que en Chile el juez no puede dar lugar al cuidado personal compartido a petición de uno de los progenitores;¹⁹ pero, como se verá, los argumen-

¹⁸ 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, 2013: 17).

¹⁹ La referida autora fundamenta su posición en el artículo 225.4 del CCch. La norma precedente es del siguiente tenor: “[E]n cualesquiera 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. Lo anterior se debe entender sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226” (Lathroph, 2017: 159).

tos precedentes no son para nada definitivos conforme a la Historia Fidedigna de la Ley núm. 20.680 (desde que en la discusión legislativa sólo se analizó la custodia compartida con oposición como sanción al padre custodio). La jurisprudencia, en los pocos casos que se ha pronunciado sobre custodia compartida con oposición de un padre, la ha rechazado con diferentes argumentos. En “F con V”, RIT C-5984-2013, Primer Juzgado de Familia de Santiago, la Corte Suprema rechaza un recurso de casación en el fondo, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2015, Rol Ingreso de Corte núm. 4889-15. En dicho fallo el alto tribunal sostiene que la Ley núm. 20.680 sólo estableció la custodia compartida de común acuerdo. En igual sentido, la Corte Suprema en “Z con S”, RIT C-314-2014, seguidos ante el Tribunal de Familia de Coyhaique, la Corte Suprema, mediante la sentencia del 17 de diciembre de 2015, Rol Ingreso Corte núm. 6320-15, 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 anulada había confirmado un cuidado compartido con oposición de un padre. Los fundamentos del fallo anulatorio son los siguientes: el cuidado personal compartido no existe y los tribunales inferiores al establecerla trasgredirían el artículo 225 del CCch (Cons. 7o.); en derecho comparado no existe esta figura;²⁰ y esta figura no procede en la especie dada la continua conflictividad de los padres (Cons. 7o.). A su vez, en “G con P”, Rol Ingreso Corte Suprema núm. 97.896/2016, seguidos ante el 4o. Juzgado de Familia, C-507-2015, la Cuarta Sala (mixta) de la Corte Suprema, mediante fallo del 11 de enero de 2017, núm. 35.378, rechazó un recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la CA de Santiago, Ingreso de la Corte núm. 2.215-2016. Un padre había solicitado por demanda ordinaria el cuidado personal de su hija de siete años, en atención a que la madre no estaba cumpliendo el cuidado personal compartido pactado entre las partes mediante una transacción.

²⁰ En la sentencia de remplazo, 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, 2010: 97).

La Corte Suprema rechaza la casación, resolviendo en su considerando 4o., lo siguiente:

[Q]ue los jueces estimaron que, efectivamente, los padres mantuvieron en el pasado un acuerdo en materia de cuidado personal de su hija, que fue compartido entre ambos, que en los hechos no se cumple hace más de un año por decisión unilateral de la madre, y que al no existir acuerdo entre las partes el tribunal no puede establecer un régimen similar para el futuro, por lo que en atención a que la madre ha mantenido el cuidado personal de la niña, que no existen situaciones de riesgo o inhabilidades en ninguno de los padres, y que la madre aparece como su principal figura de apego, se rechazó la demanda de cuidado personal interpuesta por el padre. En cuanto a la demanda subsidiaria de régimen comunicacional, establecido que la niña tiene una relación muy cercana con su padre y su familia extensa, por esa vía, aquella debe continuar, relacionándose de una manera acorde a su edad y etapa de desarrollo.²¹

En “G con R”, RIT C-1101-2014, seguidos ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, la Corte Suprema, a través de la sentencia del 29 de septiembre de 2015, 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. Este fallo es contrario a los fallos precedentes desde que la Corte Suprema resuelve que es posible demandar el cuidado personal con oposición y que no procede desechar estas demandas en el control previo de admisibilidad. En realidad, en este caso no

²¹ La Corte Suprema no entró a analizar el recurso por cuanto lo declaró inadmisibile, resolviendo, en su considerando 5o.: “Que, tal como ha sido reiteradamente señalado por esta Corte, sólo los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar los hechos de la causa, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie, si bien se acusa infracción al artículo 32 de la Ley 19.968, lo cierto es que la crítica se concentra en la ponderación de la prueba que han efectuado los jueces del fondo, esto es, en las conclusiones a que arribaron a partir del análisis de todos los medios de prueba incorporados al proceso, que no son compartidas por la parte recurrente, quien cuestiona la decisión, pero, omitiendo presentar los atentados a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente aceptados. Mismos razonamientos que pueden reproducirse con relación a las demás normas que la parte señala infringidas, por cuanto, pese a su extensa enumeración, todas las alegaciones apuntan a impugnar la ponderación de la prueba efectuada por los sentenciadores del fondo”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 15-38.

es que se haya concedido el cuidado personal compartido con oposición, sino que la Corte reconoce el derecho a solicitarlo.

La doctrina chilena hasta el momento, sin entrar a analizar la evolución del derecho comparado, se ha mostrado reticente a la aplicación de la custodia compartida con oposición de uno de los padres²² y la jurisprudencia precedente es muy embrionaria todavía.

3. Argumentos a favor del cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres en el derecho chileno

Dado lo señalado hasta el momento es posible fundamentar el cuidado personal compartido con oposición, en el derecho chileno, con base en los siguientes argumentos:

A. El derecho de la infancia debe hacer partícipe al padre no custodio en la cotidianidad de su hijo, sobre todo en lo que respecta a su crianza y educación

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, estableciendo siempre alguna regla legal supletoria y preferente.

La CDN no impone un criterio a este respecto, pudiendo establecerse una custodia unilateral; pero lo que la CDN impide es el establecimiento de una custodia exclusiva. Y ello es lógico por cuanto no se puede privar al padre no custodio de la cotidianidad del hijo, salvo que exista una causa inhabilitante. Así, el cuidado personal exclusivo sólo procede en casos de inhabilitación del padre por pérdida del cuidado personal (principio de protección del NNA). Un sistema de cuidado personal exclusivo —que

²² En Chile aún no hay ni monografías, ni artículos que aborden específicamente el tema tratado en este artículo. Más bien los autores declaran tangencialmente su opinión respecto de la reforma de 2013 en un sentido muy amplio. En palabras de Lathrop, respecto de Latinoamérica, señala: “[E]n general, no existe desarrollo dogmático ni jurisprudencial profundo acerca del concepto contenido y principios de la responsabilidad parental... Así, existe más bien una aproximación atomizada a la responsabilidad parental a propósito de intereses específicos de algunos grupos, como son el reconocimiento de nuevas identidades y nuevas formas de parentalidad” (Lathrop, 2017: 147 y 148).

no sea indistinto— va en contra de los artículos 4o., que exige que se adopten por el Estado, lo que comprende también a los jueces, las medidas que hagan efectivos los derechos reconocidos por la convención, y 5o.—que establece que ambos padres participan en la crianza y educación de sus hijos—, ambos de la CDN.

B. El derecho de infancia debe posibilitar a los jueces para declarar el cuidado personal con oposición, cuando ello vaya en beneficio del NNA

En el caso chileno, el cuidado personal indistinto se ha plasmado fundamentalmente en la consagración del principio de la corresponsabilidad o coparentalidad del artículo 224 del CCCh, precedentemente transcrito. Lamentablemente, a pesar de la claridad de los artículos 224 y 229 del CCCh, en la actualidad los tribunales sólo otorgan un cuidado personal exclusivo.²³ Sin perjuicio de lo anterior, aún un sistema de cuidado indistinto —en el que conviven deberes y facultades conjuntos e indistintos, como los del padre custodio (custodia principal) y del no custodio (custodia indistinta, en su caso, supervigilancia y control, y cooperación y auxilio)— exige que los jueces puedan decretar 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 decisión 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. No se puede concluir que, como se establece como regla general el cuidado personal indistinto o exclusivo —dependiendo de la posición que a este respecto se adopte—, no es posible decretar un cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres. Lo que ha evidenciado

²³ Ello se plasma en una relación directa y regular para el padre no custodio que en la práctica es un régimen de visitas. Contempla fines de semana por medio, y división equitativa de fiestas y feriados para ambos padres, lo que en definitiva transgrede los artículos 224 y 229 del CCCh. En otras palabras, a pesar de la importancia de la reforma de 2013, los tribunales no variaron substancialmente su jurisprudencia en torno al contenido de las facultades y derechos del padre no custodio.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 15-38.

el presente trabajo es que estamos frente a un vacío legal. La legislación chilena no regula el cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres. Pero ella no se puede excluir desde que esta figura procede en caso de que sea la forma de concretizar el interés prioritario del NNA. Pero es necesario establecer concretamente los casos en que procede y establecer específicamente su contenido. Y ello se logra a través de lo que se han denominado “cláusulas generales”, que se determinan conforme a los principios del interés superior del NNA y de corresponsabilidad.

C. La historia de la Ley núm. 20.680 posibilita la declaración del cuidado personal compartido con oposición

Como se ha visto en el derecho chileno no existe ninguna norma prohibitiva que impida la custodia compartida con oposición de uno de los padres, sólo el Proyecto de Ley rechazó esta figura como una forma de sancionar al padre custodio. Tampoco existen antecedentes en la tramitación de la Ley núm. 20.680 que pueden llevar a sostener que se prohíbe la custodia compartida con oposición de un padre. En la discusión del Congreso se desechó tanto la custodia compartida como regla legal general y supletoria, como una forma calificada de custodia compartida con oposición: la custodia compartida como una sanción al padre custodio. En el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo se establecía dicha custodia compartida como regla legal supletoria. Sin embargo, una indicación substitutiva permitiría que se diera lugar al cuidado personal con oposición por resolución judicial, pero exigiéndose la concurrencia de las siguientes causales taxativas: 1) 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 2) cuando denuncie o demande falsamente al padre no custodio a fin de perjudicarlo y obtener beneficios económicos (así se señala en el mensaje del Ejecutivo).²⁴ Así, se propuso esta forma calificada de cuidado personal compartido:

²⁴ Así se formula la Indicación Sustitutiva al Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Boletín núm. 5917-18, del 30 de marzo de 2011, núm. 001-359/, p. 5.

Cuando el padre custodio impidiera 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 (artículo 224.4).²⁵

Esta forma de custodia compartida con oposición también fue desechada posteriormente por el Congreso.²⁶

En virtud de las consideraciones precedentes, la Ley núm. 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 CCCh); no aprobó el cuidado personal con oposición de un padre, como sanción al padre custodio; y reguló el cuidado personal de común acuerdo (artículos 225.1 CCCh). Estas consideraciones llevan a concluir que en realidad no hay una referencia en la historia de la Ley núm. 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 general de nuestro derecho es la custodia indistinta. Ello, sin perjuicio, que, como se ha podido analizar, la custodia compartida con oposición —como sanción al padre custodio— es una figura marginal en el derecho comparado (como se aprecia en la *share residence order* de la jurisprudencia del RU, ya analizada). Pero también se debe señalar que, la figura de la custodia compartida como sanción no se analizó suficientemente por el Congreso, por cuanto esta figura podría haber sido un adecuado aliciente para cumplir con las facultades y derechos del padre no custodio.

²⁵ Indicación Sustitutiva al Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Boletín núm. 5917-18, p. 6.

²⁶ En la Segunda Indicación del Ejecutivo, del 20 de diciembre, 2011 (núm. 426-359), ya no se considera la custodia compartida con oposición como sanción al padre custodio, pp. 147 y 148.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 15-38.

VI. CONCLUSIONES EN TORNO A LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO RÉGIMEN LEGAL GENERAL Y SUPLETORIO, O COMO RÉGIMEN ESPECIAL CON OPOSICIÓN DE UNO DE LOS PADRES

1. *La psicología moderna ha evolucionado desde una preferencia por la custodia exclusiva a una inclinación por la custodia compartida*

Independientemente que se acepte o no la custodia compartida — como un régimen legal general y supletorio o especial —, es pacífico que la sicología moderna se inclina a favor de la custodia compartida sobre la exclusiva. La validez que se le dio en el derecho del menor a la custodia exclusiva, basada en el denominado *BBJ model*, ha sido definitivamente desechada. Esta conclusión obedece a que la mayoría de los estudios psicológicos son favorables a la custodia compartida sobre la exclusiva. Por tanto, está claro que un derecho, que consagra los principios del interés superior y corresponsabilidad, no puede impedir dicha posibilidad. Este es un tema importante para los países latinoamericanos, que muchas veces asignan a un padre la custodia, conforme al principio del interés superior; pero luego dejan al denominado padre no custodio sin derecho a la crianza y educación del hijo, sobre todo en su vida cotidiana. Una de las formas generales de solucionar este problema es recurrir a la custodia indistinta —que no es parte del presente trabajo—, y la otra es recurrir a la custodia compartida con oposición de uno de los padres como régimen especial.

2. *Fundamentos jurídicos de la custodia compartida*

El reconocimiento de este régimen admite tres variables: a) común acuerdo de los padres; b) demanda de un padre con oposición del otro, y c) como régimen legal general y supletorio. De los ordenamientos jurídicos estudiados sólo establecen como regla general la custodia compartida Italia, algunos estados de Estados Unidos y España, pero todos reconocen que el juez está facultado para otorgarla a pesar de la oposición del otro padre. Ello por cuanto este régimen es un desarrollo de los principios de interés superior y corresponsabilidad; y este es un tema no menor, desde

que esta forma de custodia se entiende como una forma preferente de derecho humano de la infancia. La regulación en Latinoamérica, a este respecto, es incipiente y contradictoria. Ello se debe a que se reconoce como principio la corresponsabilidad y no se faculta —sobre todo a vía de doctrina jurisprudencial— a los jueces para conceder custodias compartidas con oposición de uno de los padres, salvo algunas excepciones.

La custodia compartida es la manifestación más adecuada de los principios de corresponsabilidad e interés superior del NNA. Y a pesar de que esta no es la única forma de respetar el derecho fundamental de los padres a participar en la crianza y educación de sus hijos, es una forma que debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico. Incluso, como se ha visto, debería ser considerada como una forma preferente de custodia. Ello, por cuanto forma abstracta, es el mejor régimen para el hijo. Sin embargo, como el argumento precedente puede no ser compartido —desde que se estima que este no debe ser un régimen general y supletorio—, a lo menos se debe reconocer al juez la posibilidad de decretarlo. El derecho no puede impedir este régimen, en caso de que en concreto la custodia compartida sea lo mejor para el NNA. Este es un argumento muy fuerte a favor de la custodia compartida con oposición de un padre —aun cuando se mantengan aprehensiones respecto de este régimen como regla general y supletoria— por cuanto no se puede dejar de lado que en concreto puede darse una situación en que éste sea el mejor régimen para el hijo. Y si ello es así, y el juez no lo decreta, atentaría contra el principio del interés superior del NNA.

3. La custodia compartida con oposición de un padre en el derecho chileno

El régimen chileno es interesante para el derecho comparado por cuanto consagra un cuidado personal unilateral exclusivo o indistinto (dependiendo de la concepción que se tenga del derecho de la infancia), con cuidado personal compartido de común acuerdo; pero sin referirse expresamente al cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres. Los argumentos para no otorgar dicha facultad a los jueces son sumamente sencillos:

- a) El artículo 225.4 del CCch, en caso de conflicto, habilita al juez para adjudicar el cuidado personal a uno de los padres, conforme

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 15-38.

al interés superior del NNA, y al otro una relación directa y regular;

- b) El artículo 2225.1 del CCCh sólo permite el cuidado personal compartido convenido de común acuerdo;
- c) La historia fidedigna de la Ley impide el cuidado personal compartido por cuanto lo habría considerado en el proyecto de ley para luego desecharlo en el Congreso, y
- d) La argumentación subyacente a esta posición es que como la custodia compartida supone que no haya conflicto entre los padres, o incluso supone una buena relación, la única forma de otorgarlo es el común acuerdo.

En contra de estas posiciones se puede señalar lo siguiente:

- a) La Ley núm. 20.680 efectivamente establecía sólo una forma específica de cuidado personal compartido con oposición (como sanción al padre custodio, por tanto, dada la historia de la ley, se puede apreciar cómo en la discusión en el Congreso sólo se rechazó una forma concreta de cuidado personal compartido con oposición).
- b) No se puede concluir de ninguna norma del derecho chileno que la custodia compartida con oposición esté prohibida (salvo la custodia compartida con oposición de un padre como sanción), por tanto, estamos frente a un vacío de ley.
- c) Los principios del interés superior del NNA y de corresponsabilidad no sólo se aplican como formas de interpretación de normas vigentes, sino como reglas de integración del derecho. Aquí precisamente radica su valor, y, por tanto, los jueces deben, conforme a estos principios, determinar si lo mejor para el NNA es la custodia compartida con oposición.
- d) A este respecto la jurisprudencia española puede ser una buena guía para determinar las circunstancias conforme a las cuales se puede otorgar el cuidado personal compartido con oposición.
- e) El derecho comparado es claro al contemplar que todos los regímenes analizados —que establecen sistemas de corresponsabilidad— habilitan al juez para otorgar el cuidado personal compartido, ya sea legal o jurisprudencialmente. Ello, naturalmente, en la medida que la custodia compartida vaya en beneficio del hijo (sistema

general de cuidado personal compartido con oposición), o sea la mejor opción para el hijo (sistema especial de cuidado personal compartido con oposición).

- f) La custodia compartida con oposición no supone padres que están necesariamente de acuerdo en la forma de crianza y educación, por cuanto el conflicto, entre los padres, es inherente a esta figura. El conflicto entre los padres puede ser un obstáculo para este régimen, pero ello no es siempre así. Este debe ser un aspecto para analizar por el juez de forma concreta.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANGUEIRA, Hiram, 2012, “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*, núm. 81.
- BALDJIEVA, Miglena, 2003, “The Concept of Parental Responsibility in Bulgarian and English Law”, en BOELE-WOELKI, Katherine (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of the Family Law in Europe*, Bélgica, Intersentia.
- EEKELAAR, John, 2017, “La evolución de este término desde los informes de la Comisión Inglesa de Derecho de la década de los ochenta y el Informe del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1984”, en LATHROP, Fabiola y ESPEJO, Nicolás (eds.), *Responsabilidad parental*, Chile, Thomson Reuters.
- FERRADA VALENZUELA, Ricardo, 1996, “El juez y la interpretación y desarrollo de las cláusulas generales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*.
- FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad de la, 2015, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal”, *InDret*. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2562034.
- GARCÍA SALGADO, María José, 2003, “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, *Anuario de Filosofía del Derecho*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=909336>.

- HERRING, Jonathan, 2015, “Disputes over Children”, *Family Law*, Inglaterra, Palgrave.
- KELLY, Joan, 1994, “The Determination of Child”, *The Future of Children*, v. 4.
- LATHROPH, Fabiola, 2017, “Responsabilidad parental en casos de separación. Una mirada a las legislaciones latinoamericanas”, en LATHROP, Fabiola y ESPEJO, Nicolás (eds.), *Responsabilidad parental*, Chile, Thomson Reuters.
- MARTINS, Rosa, 2003, “Parental Responsibilities versus the Progressive Autonomy of the Child and the Adolescent”, *Perspectives for the Unification and Harmonization of the Family Law in Europe*, Bélgica, Intersentia.
- MEYER, David, 2006, “The Constitutional Rights of Non-Custodial”, *Hofstra Law Review*, vol. 34.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, 2013, “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=46052>.
- NIKOLINA, Natalie, 2015, *Divided Parents, Shared Children*, Reino Unido, Intersentia.
- PROBERT, Rebecca, 2009, *Cretney and Probert's Family Law Cretney and Probert's Family Law*, Reino Unido, University of Warwick.
- RIVEROS, Carolina, n. d., “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*, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- RODRÍGUEZ, María Sara, 2010, *El cuidado personal de niños y adolescentes*, Chile, Abeledo Perrot.
- SANFORD, Katz, 2011, *Family Law in America*, Estados Unidos de América, Oxford University Press.
- SENATO DELLA REPUBBLICA, n.d., XVII Legislatura Fascicolo Iter DDL S. 1163. Disponible en: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/42930.pdf>.
- TAPIA, Mauricio, 2013, “Actualidad legislativa. Comentarios a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley núm. 20.680)”, Chile, *Revista Chilena de Derecho Privado*.

- TORRES PEREA, José Manuel de, 2016, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *La Ley* (diario), núm. 8737.
- DE WITT GREGORY, John, 2005, *Understanding Family Law*, Estados Unidos de América, Lexis Nexis.
- ZANNONI, Eduardo, 1989, *Derecho civil, derecho de familia*, 2a. ed., Argentina, Astrea.