

Lathrop Gómez, Fabiola

CUSTODIA COMPARTIDA, ACUERDO DE LOS PADRES Y ESTABLECIMIENTO DE OFICIO: UN
FALLO EN AUSENCIA DE LEY (CORTE DE APPELACIONES DE SANTIAGO)

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIII, núm. 2, diciembre, 2010, pp. 237-245
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173719209012>

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

**CUSTODIA COMPARTIDA, ACUERDO DE LOS PADRES Y
ESTABLECIMIENTO DE OFICIO: UN FALLO EN AUSENCIA DE LEY
(CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO)**

Comentario de Fabiola Lathrop Gómez

Santiago, veintidós de mayo de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos RIT C-3.274-06 y RUC 0620110853-3, del Cuarto Juzgado de Familia de esta ciudad, por sentencia de cuatro de febrero de dos mil nueve, la jueza titular de dicho tribunal, doña Luz Adriana Celedón Bulnes, hizo lugar a la demanda deducida por don David Alejandro Abuhabda Coldrey en contra de doña Andrea María Moena Olguín, sólo en cuanto dispuso que el cuidado personal del menor Lucas Tarek Abuhabda Moena correspondía “también al padre, don David Alejandro Abuhabda Coldrey, estableciendo una custodia compartida, cuya implementación deberá ser supervigilada por el Instituto Chileno de terapia Familiar, la que en sus primeros dos años, deberá emitir informes trimestrales a este Juzgado de Familia”. En contra de esta sentencia, la parte demandada dedujo recursos de casación en la forma y apelación.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA.

PRIMERO: Que la recurrente sostiene que la sentencia se encuentra viciada por la causal 9^a del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el N° 6 del artículo 67 de la Ley 19.968, o sea, “en haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que no hay nulidad”. Dichas faltas u omisiones, en concepto de la recurrente, son las siguientes: a) la magistrado de la causa ha fallado creando una figura que jurídicamente no existe, esto es, el cuidado personal compartido; b) legislar es una función entregada por ley al Poder Legislativo y existe prohibición expresa a la Magistratura, en el artículo 70 de la Constitución Política de la República, de intervenir en aquella facultad; y c) se ha infringido el artículo 225 del Código Civil.

SEGUNDO: Que baste para rechazar el recurso el hecho que la demandada no ha relacionado la causal con ninguno de los numerales del artículo 795 del Código de Procedimiento Civil. El recurso de nulidad formal es de derecho estricto y es menester señalar claramente la causal por la cual se lo deduce lo que implica que, tratándose de

aquella contemplada en el N° 9º del artículo 768 del citado Código, debe relacionársela, necesariamente, con alguno de los números del artículo 795 del mismo cuerpo de leyes o con otra norma que diga expresamente que hay nulidad, nada de lo cual sucede en autos, en que las disposiciones que cita la recurrente no establecen la sanción que se viene comentando.

TERCERO: Que, por lo demás, la recurrente en realidad ha hecho ver los errores de derecho que contiene el fallo, materia que escapa a los límites de la casación en la forma que, como se sabe, forma parte del instituto de la nulidad procesal.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN.

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos décimo, decimocuarto, decimosexto, decimonoveno, vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero, que se eliminan.

En su consideración octava, se reemplaza la frase “Que, a raíz de un incidente respecto del cual esta sentenciadora no tiene claridad, y que no es objeto de este Juicio, pero que –al parecer– es presenciado por el hijo común, se inicia la causa Rol N° F-229-2004 seguida ante el 15º Juzgado Civil de Santiago, en la cual se ordena”, por la siguiente: “Que en causa rol F-229-2004 del 15º Juzgado Civil de Santiago, se dispuso”.

En el motivo undécimo, se trueca la palabra “debelación” por “develación”.

En el considerando decimotercero, primer párrafo, se elimina el período que comienza con las voces “y de modo” y culmina con las palabras “hasta el día de hoy”, y la coma (,) que lo antecede.

En el considerando decimoséptimo se suprime sus párrafos primero, segundo, tercero y cuarto. En su párrafo quinto se cambian las voces “En efecto”, por la palabra “Que”.

En el motivo decimotercero, se eliminan los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

CUARTO: Que el antiguo texto del artículo 223 del Código Civil establecía que “A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos, cuando por su depravación sea de temer que se perviertan”, disposición que también se aplicaba al caso de simple separación de hecho. Hoy en día, empero, la materia está regulada por el artículo 225 del Código Civil, que en sus incisos primero y tercero, ambos transcritos en el fallo que se impugna, establece que en caso de separación es la madre la que tiene el cuidado personal de los menores pero que, cuando el interés superior de éstos lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez puede entregar dicho cuidado personal al padre.

QUINTO: Que, en consecuencia, cierto es que el legislador ha variado su criterio a la hora de decidir cuál de los dos progenitores, en caso de separación, es el encargado

del cuidado de los hijos menores. Y de aquel razonamiento por el cual se entendía que siempre era la madre la encargada de tal cuidado, por el sólo hecho de ser tal, salvo “depravación” de la misma, se ha pasado a ocupar el criterio del interés superior del niño –reiterado en el artículo 16 de la Ley 19.968–, presumiendo la ley que dicho interés está más a salvo con la madre, sin perjuicio de entregar el cuidado al padre bastando para ello acreditar simple maltrato, descuido u otra causa calificada y sin exigir la “depravación” de la progenitora. Tal criterio, el del “interés superior del niño”, se sustenta, además, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por Chile el 26 de enero de 1990, promulgado por Decreto 830 de 14 de agosto de ese año y publicada en el Diario Oficial de 27 de noviembre de 1990.

SEXTO: Que tal como se ha sostenido por esta Corte en fallos de uno de septiembre de 2004 (causa rol 4105-04) y de 22 de junio de 2006 (causa rol 218-06), “el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso”. En consecuencia, en cada caso que se somete a la decisión jurisdiccional un asunto de esta naturaleza, se deberá indagar cuál es el interés superior del niño, conforme a los siguientes factores: “a) las necesidades materiales, educativas y emocionales de los niños y la probabilidad de que sean cubiertas por quien pretende la tuición; b) la capacidad y condiciones del solicitante para asumir la tuición; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual de los menores; y d) si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición”, según la doctrina sustentada en las aludidas sentencias.

SÉPTIMO: Que, entonces, la ley, el artículo 225 del Código Civil, es el que debe regular el conflicto de autos, norma por la cual el cuidado personal de Lucas Tarek Abuhabda Moena debe quedar entregado a la madre demandada salvo que, el interés superior de dicho menor haga indispensable variar tal premisa, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, caso este último en que la tuición (o “cuidado personal” como se ha dado en llamar ahora a dicha institución) puede ser entregada al padre, advirtiendo la norma, eso sí, que no se puede confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo, mientras estuvo bajo el cuidado del otro progenitor, pudiendo hacerlo.

OCTAVO: Que de la prueba rendida en el proceso, descrita en el fallo que se revisa y apreciada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, esto es, no vulnerando las máximas de la experiencia, ni la lógica ni los conocimientos científicamente afianzados, no se desprende dato alguno que permita convencer a esta Corte que la madre demandada haya maltratado de alguna forma a su hijo Lucas Abuhabda, o sea, que lo haya tratado

de mala manera, de palabra u obra. Tampoco puede decirse que la madre haya tenido una conducta “descuidada” con su descendiente, esto es, que no se haya preocupado de su hijo en alguna forma; de hecho, el episodio aquél por el cual el referido menor habría sido objeto de abuso sexual por parte de un sujeto de 17 años de edad, referido en el motivo duodécimo de la sentencia de primera instancia, habría ocurrido cuando estaba con su padre, el demandante, quien hacía uso de su derecho a visitas (“relación directa y regular”, conforme a la nomenclatura en boga).

NOVENO: Que, en consecuencia, no hay razón alguna que permita al tribunal mudar el cuidado personal del menor de autos, actualmente detentado por la persona a la que naturalmente le corresponde –la madre–, desde que no hay pruebas que permitan concluir que el interés superior del niño haga indispensable, por maltrato, descuido u otra causa justificada, entregar la tuición al padre demandante.

DÉCIMO: Que la palabra “síndrome” significa un conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un conjunto de fenómenos que caracterizan una situación determinada. El llamado Síndrome de Alienación Parental, del que no se tienen noticias aparte de los dichos del psicólogo Cristián Roberto Cejas Martínez, titulado de la Universidad La República en el año 1996, no incluido en el listado de peritos de la Corte de Apelaciones de Santiago, quien publicó artículos de su especialidad en el sitio web de “Amor de Papá”, que preside el demandante, consistiría en un conjunto de síntomas derivadas de la influencia de un padre o madre en su hijo con miras a que éste desprecie al otro progenitor, impidiendo así el necesario vínculo entre el menor y su padre o madre. Pues bien, dicho “perito” afirma que no interrogó al niño de autos y su credibilidad, apreciado su testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es débil, desde que, ya se ha dicho, se trata de una persona que coopera con el movimiento liderado por el demandante. Luego, no hay evidencias que el menor sufra algún trastorno similar a lo que dicho testigo refiere como “Síndrome de Alienación Parental”, del que, se reitera, no se tiene conocimiento de su reconocimiento por la comunidad científica especializada.

De otro lado, la señora Claudia Andrea Mery Leal, Subdirectora del colegio al que asiste Lucas Tarek Abuhabda Moena, declaró en el proceso que el padre, durante un mes en el año 2007 rondaba el colegio e irrumpía al establecimiento con periodistas y cámaras fotográficas y era muy violento verbalmente, agregando que una vez entró con su abogado hasta la oficina del Rector, hechos estos que se sucedían todos los viernes a vista y paciencia de los apoderados. Señala la testigo que concurría personal de Carabineros. El menor, agrega, se iba a la enfermería porque no quería salir con su padre. Parece evidente, entonces, que la reticencia del menor viene dada por la conducta extrañada e imprudente de su padre, que obviamente lo avergüenza y menoscaba, al hacer escándalos de esa naturaleza en su colegio, frente a sus compañeros de curso, profesores y apoderados. El rechazo del menor es una consecuencia natural y obvia de la conducta del demandante. O sea, el actor debe buscar en su propia conducta la explicación de la reticencia de su hijo a estar con él y no en maniobras psicológicas de la demandada.

UNDÉCIMO: Que el menor de autos, nacido el 2 de septiembre de 1996, en una larga entrevista con la juez de primer grado, haciendo uso de su derecho a ser oído, manifestó su voluntad en respuestas categóricas, sin titubeos, con buena dicción, apreciándose extraordinariamente maduro para su edad, y esta Corte tendrá muy presente su opinión para la solución del conflicto, de acuerdo a lo regulado en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 19.968.

DUODÉCIMO: Que, por último, la propia sentenciadora de primer grado, en el considerando vigésimo de su sentencia, eliminado por esta Corte, señaló que al demandante señor Abuhabda se le hizo una “abultada” liquidación de crédito en causa por cumplimiento de alimentos, lo que desde luego impide absolutamente que la demanda pueda prosperar, desde que el inciso final del artículo 225 del Código Civil señala que no puede entregarse el cuidado personal del menor al padre o madre que no ha contribuido a la manutención del hijo, mientras estuvo bajo el cuidado del otro progenitor.

DECIMOTERCERO: Que de la opinión de la Consejera Técnica, señora Ana María Barahona se rescata lo que realmente interesa a la solución de este conflicto, a saber, que la madre no tiene ninguna inhabilidad para tener el cuidado personal de su hijo niño Lucas Abuhabda Moena, de modo que conforme al artículo 225 del Código Civil, tantas veces citado, la demanda no puede sino ser desechada.

DECIMOCUARTO: Que al otorgársele el cuidado personal del menor a su madre, esta Corte regulará el siguiente régimen de relación directa y regular o derecho de visitas, a favor del padre demandante: fin de semana por medio, debiendo ser entregado el menor por su madre en casa de sus abuelos paternos el día viernes a las 19:00 horas y retirado desde el mismo inmueble, el domingo a idéntica hora.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 19.968, se rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia de cuatro de febrero de dos mil nueve, dictada por la juez señora Luz Adriana Celedón Bulnes, titular del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago.

Se revoca la misma resolución y en su lugar se decide que la demanda de cuidado personal planteada por don David Alejandro Abuhabda Coldrey respecto de su hijo Lucas Tarek Abuhabda Moena, queda rechazada íntegramente, con costas.

Se regula el siguiente régimen de relación directa y regular en favor del padre demandante respecto de su hijo ya mencionado: fin de semana por medio, debiendo ser entregado el menor por su madre por intermedio de sus abuelos paternos el día viernes a las 19:00 horas y retirado desde el mismo inmueble, el domingo siguiente a idéntica hora.

Se previene que el Ministro señor Mera estuvo por, regulando el régimen de relación directa y regular, decidir que el padre verá a su hijo, ambos ya referidos, sólo sábado por medio, entre las 15:00 y las 19:00 horas, debiendo ser entregado y retirado por su madre en el horario mencionado, por intermedio de los abuelos paternos del menor de autos.

Compúlsense los antecedentes necesarios y pasen los autos al Tribunal Pleno, para conocer de la actuación de la jueza doña Luz Adriana Celedón Bulnes, de la que dan cuenta los registros de audio, y de su decisión de acoger parcialmente la demanda y otorgar una “custodia compartida” del menor a ambos padres, a pesar que la misma sentenciadora había razonado que nuestra legislación no contempla expresamente esta figura y que sólo existe la idea de legislar sobre el tema por parte de algunos parlamentarios. Acordada esta última decisión contra el voto del Abogado Integrante señor Pfeffer, quien estuvo por no pasar estos antecedentes al Tribunal Pleno.

Redacción del Ministro señor Mera.

Regístrate y devuélvase.

Nº 565-2.009.

Dictada por la Quinta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro doña Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante don Emilio Pfeffer Urquiaga.

COMENTARIO

El fallo que se comenta tiene su origen en sentencia del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, de cuatro de febrero de 2009, recaída en demanda de cuidado personal del padre, otorgando, sin mediar petición expresa de las partes, la custodia compartida del hijo trece años. La madre interpone recurso de casación en la forma, el que es rechazado, y apelación –aquí transcrita–, que es acogida. El padre presenta un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 225 del Código Civil, el que, a diferencia de otras ocasiones, ha sido declarado admisible por el Tribunal Constitucional el 30 de junio de 2009, sin que a la fecha de este comentario exista pronunciamiento sobre el fondo. El padre solicita también la casación en el fondo, la que es rechazada por la Corte Suprema.

Más allá de que este fallo haya sido dictado en ausencia de ley expresa que autorice la custodia compartida¹, y frente a la posibilidad de que se legisle sobre ella en el futuro, cabe efectuar algunas consideraciones en torno al acuerdo de los progenitores como criterio determinante para establecerla. En efecto, si bien la ley no reconoce expresamente este instituto, cierta práctica evidencia que los jueces tienden a aprobar los acuerdos de los padres en que se distribuye el cuidado personal con cierta alternancia y, asimismo, a homologar los convenios en que los padres establecen un régimen de relación directa y regular tan amplio y flexible que, en los hechos, se configura una “especie” de tuición compartida. En este sentido, cabe señalar entonces, respecto del caso en comento, que si los padres hubiesen estado de acuerdo en establecer esta forma de organización del cuidado personal, y siempre que

¹ En el fallo de primera instancia no se hace mayor análisis acerca del fundamento positivo que amerite la implementación de este sistema. Más bien se reconoce la inexistencia de norma expresa y la sola intención de legislar al respecto. Sólo se mencionan, a mi juicio, de manera muy insuficiente, ciertas disposiciones de tratados internacionales que parecen fundarla.

ello hubiese sido conveniente para el hijo en atención a su interés superior, concurriendo ciertas condiciones básicas para su funcionamiento, en principio, no se habría debido observar óbice para dar lugar a este régimen. De hecho, en países como Francia, España e Italia, antes de reconocerse en la letra de la ley esta figura, se observaba la tendencia a aceptar su introducción cuando los mismos padres proponían esta modalidad y cuando, como hemos dicho, en atención al *favor filii* y a la opinión del hijo debidamente considerada, se estimaba pertinente su introducción en esa familia en concreto. Sin embargo, la situación de autos distaba enormemente de esta posibilidad, pues los conflictos se arrastraban por más de seis años en más de catorce juicios diversos entre las partes.

La sentencia de la Corte de Apelaciones nos parece acertada en cuanto deja sin efecto el sistema establecido porque, claramente, los padres no lo habían convenido, ni era aconsejable introducirlo en una dinámica familiar tan conflictiva. La Corte razona sobre la base de que la custodia compartida no existe en el ordenamiento jurídico chileno; invoca el interés superior del hijo y la regla de atribución preferente a la madre; aplica el art. 225 inc. 3 del CC, en cuanto no hay antecedentes de maltrato, descuido u otra causa calificada de parte de la madre que permita entregar el cuidado personal al padre, agregando que concurriría la circunstancia del inciso final de dicha norma como impedimento para la atribución paterna (no contribución en la manutención del hijo); y establece, por último, un régimen tradicional de régimen de relación directa y regular.

Esta decisión nos lleva a realizar algunas disquisiciones de carácter más general. En efecto, una de las cuestiones más discutidas en los países que han establecido positivamente la custodia compartida, es si es necesario exigir el acuerdo de ambos padres para establecerla como régimen y si es posible que el juez la decrete de oficio². Las peculiaridades de este sistema exigirían un mínimo de entendimiento entre padre y madre y de una permanente colaboración entre ellos para su buen funcionamiento. Ambos deben aceptar una pérdida parcial del control sobre las decisiones que conciernen a la vida cotidiana de los hijos; deben estar disponibles a una constante y asidua comunicación y ser capaces de realizar una valoración objetiva y serena de las circunstancias³.

Si bien es cierto que para un adecuado ejercicio de la custodia compartida es necesario un mínimo consenso entre los progenitores (razón por la cual entendemos que ella no puede

² Se ha estimado que el acuerdo efectivo de los progenitores es una de las condiciones esenciales para el establecimiento de la custodia conjunta, su presupuesto de hecho. De esta exigencia se aparta el C.C. español, en cuanto el párrafo octavo de su artículo 92 prescribe que: “*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*”. Por el contrario, en cuanto a su establecimiento de oficio, esta posibilidad está prohibida por el legislador español al prescribir, en este mismo párrafo, que el juez puede decretar la custodia conjunta de los hijos sin el acuerdo de una de las partes, excepcionalmente y cumpliendo ciertos y determinados requisitos legales, pero siempre que el establecimiento de dicha modalidad haya sido solicitado “*a instancia de una de las partes*”.

³ La doctrina italiana, particularmente, ha estudiado este elemento. Cfr. Grimaldi, M., “Affidamento congiunto e alternato della prole tra psicología e diritto”, en *Diritto di famiglia e delle persone*, 1989, p. 307.

ser impuesta en contra de la voluntad seria y manifiesta de uno de los padres), es conveniente precisar que el requisito de no conflictividad parental no puede extremarse al punto de exigir una armonía que, claramente, no existía durante la situación de normalidad matrimonial. Toda vez que la custodia compartida está precedida de la disgregación del ambiente familiar, su funcionamiento no descansa en la concordia de las decisiones de los padres respecto de su educación, sino sobre su recíproco reconocimiento de aptitudes parentales, así como en el convencimiento de deber favorecer un equilibrado acceso al hijo⁴.

Cierta doctrina ha rechazado la custodia conjunta afirmando que obliga a los padres a permanecer unidos, pues “necesita casi reproducir la situación familiar pre-ruptura, haciendo peligroso el incremento de intensidad de la vieja relación, que los “ex” querrían (se supone) dejar atrás, y dificulta la expectativa de construir una nueva vida sin la presencia del otro”⁵. Conforme a esta posición, la custodia compartida requeriría del consenso parental tanto al momento de su introducción como durante su funcionamiento, elemento que podría interpretarse como una ultraactividad del matrimonio disuelto.

Al respecto, creo que la exigencia de un mínimo entendimiento entre los progenitores está dirigida a que, sin necesidad de reconstruir sus relaciones personales, hagan el máximo esfuerzo para que la alternancia en el cuidado del hijo sea lo más efectiva y eficaz posible⁶. Las relaciones entre los padres deben ser mínimas en lo que a ellos les involucra como ex cónyuges; su contacto debe limitarse a establecer las reglas comunes respecto de la educación y formación del hijo durante el desarrollo de la convivencia que cada uno de ellos corresponda. Si los padres son conscientes de los términos del acuerdo, probablemente respetarán la esfera privada del otro y se limitarán a discutir sobre las cuestiones relativas a sus deberes como progenitores (no como cónyuges).

Campuzano Tomé⁷ señala que, si existe hostilidad entre los padres, la determinación de la custodia exclusiva no asegura la estabilidad física ni emocional del hijo, ni un mejor entendimiento entre los progenitores y que, por lo tanto, dicho factor no debe significar el rechazo *a priori* de la custodia sucesiva. En definitiva, si por una parte la custodia unilateral no asegura una mejor comunicación entre padre y madre, la existencia de conflictividad

⁴ Sin embargo, algunos autores se manifiestan contrarios a la concreción de un único proyecto educativo, pues ello exigiría una cohesión de vida y de objetivos de los progenitores y una frecuencia de relación entre ellos que son típicas de la unidad familiar y no de la realidad posterior a la ruptura. Así, Sparpaglione, R., “Affidamento congiunto... re melius parpensa”, en Cigoli, V.; Gulotta, G.; y Santi, G., *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Giuffrè editore, Milano, 1997, p. 363.

⁵ Cfr. Carrasco Perera, A., “Custodia compartida”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648, Parte Tribuna, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2004, BIB 2004/1707, p. 1.

⁶ En este mismo sentido, en la doctrina italiana se ha señalado que a través de la custodia compartida no puede propenderse la persistencia de algunos de los efectos de la relación matrimonial, pues ésta no puede configurarse como un instrumento necesario para mantener vivo, para prolongar e imponer artificiosamente a los mismos cónyuges una estructura que se ha deshecho. Cfr. Di Prisco, N., “La comunità degli ex coniugi: note sull’affidamento congiunto dei figli”, en Quadri, E. (a cura di), *La riforma del divorzio*, Jovene editore, Napoli, 1989, p. 215.

⁷ Cfr. Campuzano Tomé, H., “La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, en *Aranzadi Civil*, núm. 22/2004, Parte Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, BIB 2005/563, pp. 13-14.

entre ellos no tiene por qué producir, por otra, el rechazo de la custodia compartida, la que sigue siendo una situación viable. Ante la disyuntiva de optar por uno u otro régimen, el desacuerdo entre los progenitores no debe dirigir la decisión sino que sólo es una circunstancia susceptible de valoración.