#### Revista lus et Praxis, Año 18, Nº 2, 2012, pp. 441-474 ISSN 0717 - 2877

Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales "Custodia compartida de los hijos" LATHROP GÓMEZ, Fabiola, La Ley, Madrid, 2008" Rodrigo Barcia Lehmann

# CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS\*

LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, LA LEY, MADRID, 2008. 582 PP.

Rodrigo Barcia Lehmann\*\*

### 1. Introducción\*\*\*

A realizar la presente recensión no sólo me motiva lo atractivo del tema analizado, y la amistad que me une con la autora, sino que el trabajo de LATHROP pone en evidencia la importancia de poder distinguir entre facultades y deberes conjuntos e indistintos en caso que el cuidado personal se asigne de forma exclusiva a uno de los padres. De este modo el libro que les recensionó pone de relieve la futilidad de nuestro Derecho de la Infancia que a pesar de otorgar el cuidado personal de forma exclusiva en sus diferentes instancias como las sentencias de nulidad, divorcio o separación judicial, los convenios reguladores del divorcio o la separación judicial y los acuerdos en torno a los

AP = Audiencia Provincial [Corte de Apelaciones española]

CA = Corte de Apelaciones CCE = Código Civil español

CNUDN [CDN] = Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

CPE = Constitución Política Española

CPe = Código Penal español

CS = Corte Suprema

LOIE = Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Hombre y Mujeres

LEC = Ley de Enjuiciamiento Civil [española]

LPJM = Ley [española] sobre Protección Jurídica del Menor [Ley Nº 1/1996]

PL = Proyecto de Ley

PLF = Proyecto de Ley de Filiación SAP = Síndrome de alienación parental

TC = Tribunal Constitucional

TEDH = Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS = Tribunal Supremo [español]

UE = Unión Europea

VIF = Violencia Intra Familiar

<sup>\*</sup> Colaboración recibida el 16 de mayo y aprobada el 22 de octubre de 2012.

<sup>\*\*</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile; Abogado; MBA Economía y Dirección Internacional de Empresas, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid; European Master in Law and Economics, Complutense und Hamburg Universität; Doctor en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid; Profesor de Derecho Civil Jornada Completa, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: rbarcia@uft.cl.

<sup>\*\*\*</sup> Abreviaturas:

hijos, no vela por el respeto de estas facultades y deberes conjuntos y exclusivos del padre no custodio. Pero este estado del arte, que no es para nada alentador no puede ser imputado a los tribunales, ni a los operadores del Derecho, sino fundamentalmente a la dogmática. Este trabajo redime a la dogmática chilena por cuanto de éste se desprende claramente la importancia de poder distinguir entre estas facultades y deberes. En el Derecho español estas distinciones, tan importantes para el Derecho de la Infancia, se logran mediante las figuras del cuidado personal, guarda, y ejercicio y titularidad de la patria potestad, que la autora analiza magistralmente en toda su obra<sup>1</sup>.

Este trabajo también tiene una segunda virtud, que es sustentar al incorporar al Derecho de la Infancia en el Derecho de la Personalidad y alejarse de las tradicionales disquisiciones del Derecho Patrimonial Civil o lo que podemos denominar la hermenéutica clásica del Derecho Civil patrimonial. De esta forma, la obra de la autora recurre constantemente a aspectos económicos, psicológicos y sociológicos sin los cuales no es posible aplicar, ni entender el Derecho de la Infancia. También, LATHROP, en sus análisis, recurre tanto al Derecho comparado —y en especial a países como Canadá, Suecia, Alemania, Australia, Inglaterra, Holanda, Italia, Francia, España y Estados Unidos de América—, como a estudios sobre Infancia de diversa índole.

Por último, advierto al lector que al trabajo de LATHROP he incorporado mis comentarios como alguna bibliografía en las partes que ello me ha parecido pertinente.

### 2. PRIMER CAPÍTULO

Para entender el trabajo de LATHROP no se debe pasar por alto su primer capítulo, que es esencial por cuanto recurre a categorías conceptuales del Derecho comparado, que recién, en los últimos años, se están comenzando a incorporar en nuestro Derecho. Así, entre nosotros, aún no se distingue entre ámbitos de la relación filial conjuntos e indistintos y se regulan las facultades y deberes con relación a los hijos con una matriz conceptual que nos fue dada en la época de la formación de la República (basadas fundamentalmente en el Código Civil de Bello) y que son incompatibles con el avance del Derecho de la Infancia<sup>2</sup>. Por ello se debe hacer un esfuerzo en entender, en este contexto,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>En el presente trabajo utilizo como expresión genérica niño, rehuyendo referirme a menores por cuanto dicha expresión obedece a una etapa superada del Derecho de la Infancia. También debo prevenir al lector que tenga cuidado con la lectura de la expresión patria potestad por cuanto, como el trabajo de la autora que se recensiona se basa en el Derecho español, su significado alcanza efectos personales y no sólo patrimoniales, como ocurre en Chile.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Sobre el concepto de patria potestad y su evolución en el Derecho chileno ver: RIVERA RESTREPO, José Maximiliano, "la patria potestad y los Derechos Fundamentales" en *Revista Chilena de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2011, en imprenta.

conceptos del Derecho comparado como el ejercicio y la titularidad de la patria potestad del Derecho español, la autoridad parental del Derecho francés (que no es exactamente nuestra autoridad parental, sino el "conjunto de derechos y obligaciones que tienen como fin el interés del hijo") o el cuidado personal del Derecho alemán.

En el capítulo primero se analizan las voces "guarda y custodia" para entender que se trata de expresiones que en la actualidad se refieren al cuidado personal de los hijos, ya sea ejercido por los padres o, incluso, por un tercero. También la autora nos indica que el cuidado personal, en la medida que los padres vivan juntos, se ha asimilado a la patria potestad –aunque en realidad se refiere a su ejercicio-. Cabe recordar que, en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos, la patria potestad comprende tanto aspectos personales como patrimoniales. En este sentido, se debe tener presente que la gran distinción, antes de la Reforma española del 2005, era entre cuidado personal, y titularidad y ejercicio de la patria potestad. El cuidado personal era una de las facultades del ejercicio de la patria potestad. A este respecto la autora indica que si bien es verdad que la distinción entre guarda y custodia y cuidado personal de los hijos, en la mayoría de los casos se desdibuja, en la medida que los padres vivan juntos, dicha distinción siempre está latente. Así, se apreciaría en la responsabilidad de los padres que tienen la guarda y custodia del niño o niña respecto de los daños que éste produzca. Por una parte, ambos padres serían responsables por cuanto a ellos les corresponde por regla general la guarda y custodia, independientemente que el cuidado esté a cargo de uno de ellos. A su vez, la guarda y custodia exige una inmediatez que admite que el titular no tenga el cuidado y custodia (página 58). En este sentido, se define la guarda y custodia, siguiendo a M. GARCÍA PASTOR, como "el conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño". Sin embargo, para LATHROP esta concepción de guarda y custodia, es más bien restringida, por cuanto se contrapone con una más amplia que alcanza a la educación y formación integral de los hijos, y que sobrepasa el mero cuidado o protección física de éstos (página 58). Así al trabajo de LATHROP se puede agregar que, sin lugar a dudas, este deber de educación de los padres está intimamente ligado a la patria potestad<sup>3</sup>. A través de este deber se pretende lograr una formación integral del niño. Este deber de educación es accesorio al ejercicio de la patria potestad. Pero, el padre que tiene la guarda y custodia del niño tendrá ciertos atributos exclusivos, que corresponden a la educación cotidiana de éste (el otro padre tendrá una deber-facultad de información y control

 $<sup>^3</sup>$  L. Díez-Picazo señala que la estrecha relación entre patria potestad y educación ha sido puesta de relieve muchas veces.

Díez-Picazo, L., "Notas sobre la Reforma del Código Civil en Materia de Patria Potestad" en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXV, Fascículo I, enero-marzo, 1982, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, p. 6.

sobre esta facultad). En consecuencia, el deber de educación, en los aspectos relacionados con los derechos de la personalidad, corresponderá a ambos padres, a pesar que sólo uno de ellos tenga la guarda y custodia. La guarda otorga un deber-facultad de educación exclusiva al guardador que se ejerce dentro de los límites naturales de la guarda<sup>4</sup>.

En resumen, la guarda y custodia no es exclusiva del padre que tiene el cuidado personal, sino que es necesariamente conjunta. La duda que este planteamiento levanta es si la guarda y custodia en parte es conjunta y en parte corresponde sólo al padre que tiene el cuidado personal o, si el cuidado personal es parte de la guarda y custodia o lo es del ejercicio de la patria potestad. Lathrop nos plantea, en este sentido, que la custodia compartida en la jurisprudencia española existió aún antes de la Reforma introducida por la Ley Nº 15/2005, que la estableció de forma expresa. La autora entiende que la guarda y custodia de los hijos comprende los derechos-deberes —aunque es preferible hablar de facultades y deberes— de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y formarlos de manera integral. Este punto es relevante y tal vez podría profundizarse por cuanto para parte de la doctrina estas facultades y deberes son parte del ejercicio de la patria potestad e incluso de su titularidad.

La autora también se refiere a una serie de derechos-deberes que no contempla nuestro ordenamiento jurídico y que se desprenden de la CNUDN, como la facultad-deber de velar por los hijos.

LATHROP, en esta parte de su trabajo, se refiere a aspectos muy interesantes de la patria potestad, como al cambio de domicilio por parte del titular de la guarda y custodia de los hijos y la posibilidad de transferirla a tercero. Esta última posibilidad sería excepcional y se sustentaría en la titularidad de la patria potestad, más que en su ejercicio. La autora se hace cargo de los aportes del moderno Derecho de la Infancia al entender que la educación de los niños, niñas o adolescentes tiene por objeto "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". Para la autora –a diferencia de nuestro Derecho– la función educadora de los padres sería el sustento del cuidado personal. Como un aporte al trabajo de LATHROP se puede agregar que la función educadora de los padres sería una facultad-deber, que se manifiesta en su guarda y custodia, pero en sólo uno de sus muchos aspectos. Ello se debe a que dicho deber-facultad también está presente en la titularidad o el ejercicio de la patria potestad. Así, la distinción entre

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Así se desprende de algunos fallos, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de fecha 22 de febrero de 1995 (N° 34.050/1994). Dicha sentencia rechazó la demanda de aumento de alimentos de la madre, que tenía la guarda y custodia del menor, por cambiar a los hijos a un colegio más caro. El fundamento del rechazo fue que no consultó previamente al otro padre que ejercía conjuntamente con ella la patria potestad.

titularidad y ejercicio de la patria potestad es esencial en países que, como el nuestro, mantienen formas de cuidado personal indistinto o exclusivo.

La autora, en torno al marco legal de la guarda y custodia de los hijos, distingue entre la regulación anterior a la Reforma de 1981 en el Derecho español, y la posterior a ella. El Derecho de la Infancia, antes de esta Reforma, se centraba en la patria potestad del padre, y en la medida que los padres-casados, no estuvieran separados, la guarda no tenía un carácter autónomo. De este modo, antes de la importante Reforma española de 1981, a la madres, "...sólo le correspondía una cierta prolongación del ejercicio de la patria potestad paterna" (página 82)<sup>5</sup>. La guarda, en caso de separación o nulidad de matrimonio, se separaba de la patria potestad y el cuidado personal de los hijos correspondía a la madre, conservando el padre la titularidad y ejercicio de la patria potestad. Pero, en la atribución de la guarda y custodia, se ponderaba la culpabilidad de los cónyuges en la ruptura y la edad y sexo de los hijos. La edad fue un criterio a considerar en la nulidad (ex artículo 70 del CCE), que se extendería a la separación, mediante una Ley de 1958 (página 84). El Código Civil además asignaba el cuidado personal del hijo, recurriendo a criterios como la buena o mala fe –en el evento de la nulidad (ex artículo 70 del CCE)– y la culpa, en el caso de la separación matrimonial (ex artículo 73.2° del CCE). De este modo, el Código Civil español, influenciado por las Siete Partidas, distinguía en cuanto a la edad y sexo de los hijos y a la mala fe y la culpa de los padres en la nulidad o la separación, respectivamente. La variación en las edades, como criterio de asignación de la patria potestad, se sustentó en la evolución de la psicología al tiempo en que se regulaban estas materias, que llevaba a que los niños y niñas en época de lactancia permanecieran con la madre. En esta regulación, nos señala la autora, se habría seguido al Derecho Justiniano, por cuanto los hijos quedaban al cuidado del cónyuge inocente, aumentándose la discrecionalidad de los jueces. A este respecto, la autora nos aclara que "[p]ertenece a Justiniano el mérito de haber indicado, en el interés de los hijos, el criterio decisivo de

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> El debilitamiento de la patria potestad –entendida como el poder del padre sobre los hijos– comenzaría con el cristianismo, debido a que el poder del padre sobre el hijo, que se asimilaba al dominio sobre las cosas, como sostiene Castán, era incompatible con el cristianismo. En este sentido, el referido autor señala que "[c]ierto es que las orientaciones familiares cristianas son incompatibles con la antigua concepción del poder paternal. Y habiendo el cristianismo inspirado, en general, las grandes concepciones del sistema jurídico occidental, hay que admitir que ha influido considerablemente en la evolución de la patria potestad".

CASTÁN VÁSQUEZ, José María, "Título VI del Libro I del CCE" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo III, Vol. 2°, dirigidos por Manuel Albaladejo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 74.

Sin perjuicio de lo cual, en la mayoría de las legislaciones decimonónicas la patria potestad es el poder del padre sobre los hijos. Dicho poder sobre la cónyuge, en nuestro Derecho, se presentaba como la potestad marital.

la elección del progenitor guardador. La regla de la atribución de la guarda al cónyuge inocente estaba establecida, no tanto como sanción a la culpa del otro, sino más bien porque se presumía que el cónyuge inocente era más apto para dirigir la educación de los hijos que el cónvuge culpable de la violación de las obligaciones derivadas del matrimonio" (página 83)<sup>6</sup>. En el Derecho italiano se desecharía el criterio de culpabilidad, que favorecía al denominado cónyuge inocente, ya en el Código Civile de 1865. En España, los criterios de culpabilidad, como sustento de la separación judicial, se erradicarían definitivamente mediante la Ley de Divorcio de 1970. Sin embargo, la modificación radical en este Derecho se produciría, mediante la aludida Reforma de 1981, por cuanto ella, en palabras de Lathrop, "...recogió el principio del interés superior del menor, abandonando estos injustos criterios de atribución de la guarda y regulando, por lo demás, de manera conjunta, los efectos de la nulidad, separación y divorcio", agregando más adelante: "[s]iguiendo el ejemplo de las legislaciones modernas, el legislador de 1981 recogió el principio del interés superior del menor, abandonando estos injustos criterios de atribución de la guarda y regulando, por lo demás de manera conjunta, los efectos de la nulidad, separación y divorcio" (página 87). Los padres, en virtud de la Reforma de 1981, son tratados de forma igualitaria y la titularidad y ejercicio es conjunto y se excluyen las facultades y deberes privativos. Pero, destaca LATHORP "[n]o obstante estos avances, conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el art. 159, del CC, referido a la facultad del juez para la determinación de la guarda de los hijos, contempla una atribución directa del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo" (página 88). La autora nos trae a colación una discusión que se está empezando a plantearse con fuerza en Chile, como lo es la constitucionalidad de la atribución de forma exclusiva de la patria potestad a uno de los padres, que en España se planteó a raíz del ex artículo 159 del CCE. La inconstitucionalidad se basaba en el principio de la igualdad entre hombres y mujeres consagrado en el artículo 14 de la CPE. Los argumentos a favor y en contra de la (in)constitucionalidad se fundaban en el Principio 14 de la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 19597. El ex artículo 159 del CCE contemplaba una atribución directa del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, salvo que el juez por

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> La influencia de este principio tampoco es nueva a nivel internacional. Esta influencia, como destaca Castán, se haría patente en la Resolución Nº 1.207 de las NU, aprobada por el Consejo Económico y Social, de 29 de mayo de 1967, que estableció que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial" y ello se plasma especialmente en "…los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación del matrimonio o separación judicial". Castán, cit. Nota n. 5, p. 74.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Lathrop, en un publicación posterior, se inclinará por una reinterpretación del artículo 225.1° y 3° del CC. En igual sentido se inclinan M. Góмеz De La Torre y P. Veloso, y algunas sentencias de los tribunales.

motivos especiales estableciera lo contrario. A favor de la constitucionalidad de la norma se indicaba que su objetivo era no separar a la madre de los hijos en la etapa de lactancia, y no era fijar directamente un criterio de asignación de la guarda y custodia. La autora, en esta parte, centra adecuadamente la discusión en la determinación de si es posible entender que el ex artículo 159 del CCE, en la redacción que le dio la Reforma de 1981, era discriminatorio, y por ende inconstitucional. En todo caso, nos aclara LATHROP, en definitiva la Ley Nº 11/1990 terminó por modificar la norma precedente por considerarla, discriminatoria. La nueva redacción que le dio esta ley al ex artículo 159 del

A su vez, en un trabajo reciente M. Acuña, sigue esta misma línea de razonamiento, indicando que "[e]n suma, en sede de divorcio, la decisión judicial de atribución se funda en el interés superior del hijo, otorgando con ello un margen amplio para la valoración del régimen de cuidado personal que más beneficie al menor, o que al menos lo perjudique, lo que supone un juicio de razonamiento lógico y una adecuada fundamentación en base a las circunstancias del caso, especialmente la condición actual del menor y su proyección futura. Este carácter, creemos, es más amplio que la aplicación de los criterios del inc. 3º del art. 225 del CC, regulado en general para todas las situaciones de vida separada de los progenitores (hay nota al pie)". Lo señalado por M. ACUÑA es muy interesante por cuanto distingue entre la atribución legal supletoria del cuidado personal –que sería la aplicación de la regla de preferencia materna– y la judicial que está dada por el interés superior del niño.

La evolución de las tendencias jurisprudenciales de nuestros tribunales, le da la razón a estas autoras. De este modo, la sentencia del TC chileno, de fecha 17 de diciembre del 2009, rol Nº 1515-09, que aunque declara inadmisible un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos 1º y 3º del artículo 225 del CC, en causa caratulada "Carrasco con Valdebenito", RIT C-1201-2008, acumulada a la causa RIT C-792-2007, sobre suspensión de relación directa y regular, de las que conoce actualmente el Juzgado de Familia de Talca, señalan que la asignación del cuidado personal debe concederse por los tribunales conforme a criterios que determinan cuál de ambos padres es el más idóneo. De esta forma el referido fallo resuelve, en su considerando 9º, que "...la argumentación formulada en el requerimiento para explicar el conflicto de constitucionalidad que eventualmente provocaría la norma impugnada no considera que la misma disposición legal, contrariamente a lo expresado por el requirente, no se opone al principio según el cual corresponde a ambos padres el cuidado del hijo menor, como tampoco obliga simplemente al Juez de Familia que conoce del asunto sub lite a entregar el cuidado personal del respectivo hijo menor a su madre, por el solo hecho de que haya terminado la vida en común de sus padres, sino que la disposición le permite al referido tribunal de justicia, como lo ha reconocido el mismo actor al citar jurisprudencia judicial que se ha pronunciado en tal sentido, ponderar las diversas circunstancias que rodean al caso y, a partir de ellas, decidir cuál de los padres aparece como más idóneo, desde la perspectiva de la protección de los intereses del menor, para hacerse cargo "de su cuidado personal". Es del caso señalar que las sentencias de la CS, desde un fallo de la Cuarta Sala, de quince de julio de 2008, en autos Rol Nº 3.097-08, se van inclinado a favor de este razonamiento. De esta forma, el referido fallo dispone que "...por otra parte, la decisión adoptada por los jueces del grado, respeta la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en orden a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre, puesto que un régimen como el que el recurrente pretende, significaría una alteración de dicho mandato legal, sin que existan motivos que lo justifiquen, como sería si ésta estuviese afectada por inhabilidad o el interés de la propia menor así lo aconsejare. Décimo. Que no resulta procedente la denuncia de vulneración del principio de igualdad ante la ley invocado por el recurrente, puesto que la decisión que se cuestiona dice relación con la determinación del régimen de relación directa y regular que la menor mantendrá con su padre, debiendo atenderse como se ha señalado al interés y bienestar de ésta y a la regulación que ha dado la ley al respecto, sin que en este proceso pueda estimarse conculcada la mencionada garantía constitucional. Onceavo. Que a lo anterior, cabe agregar CCE entregó la decisión sobre el cuidado de los hijos al juez, sin supeditarla a la edad de los niños, tras oírlos, si tienen suficiente juicio, y, en todo, caso si fuesen mayores de doce años. La autora agrega que esta Reforma no introduce ninguna originalidad a la forma de asignación del ejercicio de la patria potestad, por cuanto "[c]onforme al actual párrafo cuarto del art. 92 del CC, los padres pueden acordar en el convenio regulador o el juez decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges" (página 96). El nuevo artículo 92 del CCE es esencial en la determinación de la guarda y custodia de los hijos. La autora nos indica la importancia del modelo de la custodia compartida, sobre todo en cuanto a la asignación de la vivienda familiar, las prestaciones de alimentos, la comunicación con el niño y su estancia.

LATHROP finaliza este análisis del marco legal de la guarda y custodia de los hijos, refiriéndose a consideraciones generales sobre la autonomía privada de los progenitores. El principio de la autonomía de los progenitores, dentro de la lógica del Derecho español de la Infancia, sería la regla general, pero dicha libertad estaría gobernada por la máxima favor filii. LATHROP destaca que la intervención judicial está íntimamente conectada con la autonomía privada, por lo que el juez a veces tendrá que cumplir un rol de controlador de lo acordado por los padres, y en otras situaciones, tendrá una función sustitutiva o complementaria. También es muy acertado el acento que la autora pone en

que los sentenciadores con su decisión no han vulnerado los principios y derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, desde que se han limitado a aplicar el derecho interno, acorde con dicho instrumento, respetando, en consecuencia, las acciones y procedimientos previstos por el legislador nacional en la materia". En igual sentido ha resuelto nuestro más alto tribunal, resolviendo que el interés superior del niño es el criterio fundamental en la asignación judicial del cuidado personal. Así, se ha resuelto, basándose en que la referencia al "interés indispensable", del aludido artículo 225.3º del CC, se ve plasmada en "otra causa calificada", lo que se determina naturalmente conforme al interés superior del niño, siendo los otros criterios establecidos en el artículo 225.3° del CC meramente ejemplares. De este modo, la CS, resuelve mediante un fallo, de dieciséis de agosto de dos mil diez, Rol Nº 608-2010, en su considerando decimocuarto, que "...de lo que se viene de decir, fuerza es concluir que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la Ley Nº 19.968 y 3º de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que han decidido sin atender debidamente al interés superior del menor, desconociendo la existencia en el caso, de una causa calificada que hace procedente la entrega de su cuidado al padre, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio, desde que condujo a los jueces a revocar la sentencia de primer grado y a rechazar la acción intentada" (la cursiva es mía).

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno" en *Revista lus et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, pp. 147 a 184; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 170; Acuña San Martín, Marcela, *Efectos jurídicos del divorcio*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011, pp. 386 a 392 y Barcia Lehmann, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia e Infancia*, Editorial Thomson, 2011, Santiago de Chile, N°s. 384 y 385, pp. 476 a 484.

que el convenio regulador al señalar que éste "ha sido considerado como un estatuto conyugal o un negocio o pacto jurídico familiar, en el que predomina la autonomía de la voluntad" (página 101). A continuación la obra en comento se refiere a la necesidad de ser oído al hijo, sobre todo en lo que respecta al convenio regulador.

El tercer acápite del trabajo de LATHROP es muy interesante por cuanto se refiere a los criterios de atribución de la guarda y custodia (página 106 a 182).

El artículo 92 del CC, que es la norma fundamental en esta materia, dispone lo siguiente:

- "1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
- 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
- 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
- 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
- 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento el régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.
- 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
- 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.
- 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.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores".

Es de destacar que la primera parte de esta norma no puede entenderse como redundante por cuanto sienta el principio básico en la regulación de la ruptura en el matrimonio que es la responsabilidad parental. A continuación el trabajo se centra en criterios de asignación fundamentales, como lo es el interés superior el niño, su derecho a ser oído, la necesidad del dictamen de especialistas y el principio de la unidad de la familia, entre otros. El análisis del interés superior del niño, niña y adolescente está muy bien logrado y se divide en la regulación internacional, en el Derecho español, en el Derecho comparado y se hace una referencia especial en torno al interés superior en la guarda y custodia de los hijos. El libro es especialmente lúcido en el tratamiento de la CNUDN por cuanto se recurre al Manual para la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, elaborado por un grupo de expertos de la UNICEF. En dicho Manual se evitó establecer criterios específicos para determinar lo que se entiende por interés superior del niño; pero, como destaca la autora, "[e] l Comité ha hecho hincapié, repetidamente, en que la CDN debe ser considerada como un todo y ha enfatizado las interrelaciones existentes, en particular, entre los arts. 2°, 3°, 6° y 12..." (página 115). En el Derecho español es fundamental, en la determinación del interés superior del niño, la LPJM que se sustentó en el artículo 39.2°, 3° y 4º de la Constitución, que consagra el principio de la protección integral de la familia. La autora contrapone la técnica legislativa del Derecho español con la de los países del "Common Law". En España se desarrolló este concepto, obedeciendo a lo que en Derecho continental se denomina como cláusula general -dicho criterio consiste en establecer los supuestos generales del interés superior—, oponiéndose a los criterios específicos provenientes del "Common Law". Del análisis del Derecho comparado es destacable la referencia a la tendencia a la custodia compartida, que se establece en un número creciente de Estados de los Estados Unidos de América. Así, por ejemplo, el § 16-911 del "District of Columbia Official Code" dispone que la custodia compartida favorece el bienestar de los hijos, estableciendo varios factores para su determinación, como los deseos del niño, de los padres y de los hermanos en cuanto a la determinación de la custodia; la integración del niño en su hogar, escuela o comunidad; su salud mental; evidencia de VIF; la buena voluntad de los padres para compartir la custodia (lo que se refleja en la involucración de cada padre en la vida del niño); las exigencias del empleo parental; la proximidad de los hogares de los padres; la edad y número de niños; la capacidad financiera de los padres para

solventar el acuerdo financiero de custodia; el programa de trabajo, empleo y asistencia médica y el beneficio de los padres (página 122).

La autora identifica tres áreas en las cuales el Derecho americano presenta fallas en torno al interés superior del niño; como lo son (i) la de la suficiencia y relevancia de la información para poder decidir sobre los derechos de la infancia; (ii) la predicción del futuro del niño y (iii) lo que se entiende, en definitiva, por el interés del hijo. Sin perjuicio de lo cual, en los países del *Common Law* se ha hecho un gran esfuerzo por señalar lo que se entiende por interés superior del hijo y además por concretizarlo.

La autora señala que Suecia se ubicaría en la vanguardia del Derecho de la Infancia al establecer, a partir de la década de los ochenta, una especie de guarda y custodia compartida. En realidad, el cuidado se asigna al padre que es capaz de garantizar mejor el derecho del hijo a continuar manteniendo un contacto directo y regular con el padre o madre, que no reside habitualmente con éste.

La autora analiza, a continuación, de forma detallada cada uno de los artículos del Derecho español que se refieren al derecho del niño a ser oído. Es importante destacar, siguiendo a LATHROP, que el derecho a ser oído es un derecho de participación y que se ubica dentro de una etapa concreta de su desarrollo como persona y no una simple consideración de protección de derechos del niño, aunque eventualmente puede reunir este carácter. Por lo que este derecho se manifiesta de diferente forma durante toda su vida y se aplica en los más diversos planos, con relación a los padres, el juez, la administración, entre otros. El derecho del niño a ser oído constituye una regla general en el Derecho de la Infancia y es obligatorio, como preceptúa el apartado 2 del artículo 92 del CCE, y no facultativo como establece el aparado 6. La contradicción entre estos apartados no se soluciona recurriendo a la hermenéutica clásica, como lo sería mediante el expediente de aplicar el principio de especialidad. Así, no puede entenderse que el apartado 2 procede respecto de la guarda y custodia y que el apartado 6 es de aplicación general.

Sin perjuicio de lo anterior, la autora nos aclara que la Reforma del 2005 modificaría esta situación al apegarse al artículo 12 de la CNUDN, que establece que el niño debe ser oído, atendiendo sólo a su suficiente juicio y discernimiento<sup>8</sup>. A ella no le parece que este sea un mal criterio; pero es, sin lugar a dudas,

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> El artículo 12 de la CNUDN establece lo siguiente:

<sup>&</sup>quot;1º Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

<sup>2</sup>º Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

una mala señal<sup>9</sup>. Es verdad que los tribunales, siguiendo una jurisprudencia ya sentada en el Derecho español, exigen la comparecencia de los niños mayores de doce años; y que la CNUDN no establece dicho derecho como un deber para los jueces; pero ello se debe sólo a que la CNUDN es naturalmente una convención de mínimos, como se aprecia de su proceso de aprobación. Para aprobar la Convención hubo que conciliar muchos intereses distintos, por eso es precisamente que su interpretación debe atender más a su sentido que a la literalidad de sus preceptos. De este modo se debe tender a la aplicación progresiva de este derecho. El espíritu de la CNUDN es promover el desarrollo gradual de la persona hasta la plena capacidad, por lo que el establecer un principio de obligatoriedad, que tiene excepciones, que implique escuchar necesariamente a los niños de doce años es un avance.

También la autora analiza la comparecencia a audiencia por parte del niño, refiriéndose fundamentalmente al artículo 9.2° de la LPJM, que al respecto establece que "...el juez debe develar sus sentimientos e intereses para luego confrontarlos con las circunstancias de carácter objetivo que la realidad familiar presente" (página 147). La Reforma del 2005 modificó el artículo 770 de la LEC, exigiéndose que el niño sea oído en condiciones idóneas.

LATHORP, a continuación, se centra en los casos en que la opinión del niño, de acuerdo al interés superior, es vinculante; y a las materias y de la forma en que su opinión pueda ser considerada como decisiva. En esta parte se hace un interesante análisis de la valoración de la opinión del niño, y se refiere al Informe del Ministerio Fiscal, algunas valoraciones especiales y los dictámenes de especialistas.

Este capítulo finaliza estableciendo criterios judiciales sobre la guarda y custodia de los hijos, distinguiendo entre elementos intrascendentes y trascendentes para la atribución de la guarda y custodia. Los tribunales españoles han considerado intrascendente la capacidad económica de los padres en general y el que uno de los padres tenga más tiempo para destinarle al hijo por carecer de empleo. Lo que es relevante es la cercanía del padre con relación al hijo, y sobre todo la valoración de las circunstancias concretas del hijo. Asimismo, la

-

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> El artículo 4 de la CNUDN es claro en este sentido al establecer que "[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional". Esto no se puede dejar de lado que la CNUDN se aplica de forma progresiva. A este respecto cabe señalar, siguiendo a PRICE COHEN, que el derecho a la educación está sujeto a una progresiva implementación. La oposición a aplicar los derechos, establecidos en la Convención, de forma inmediata obedeció a los países más pobres. Y ello se debe a que, dichos países, no cuentan con recursos suficientes para hacer frente a la implementación a estos derechos.

jurisprudencia española ha descartado, como criterio de asignación, la culpa o mala fe de los progenitores y otros factores como ciertas características personales o morales, como son la convivencia con un tercero o la homosexualidad del padre o la madre. Así, la autora destaca, en torno a la sexualidad de los padres, que su inclinación no es relevante, sino su ejercicio, como si uno de los padres es promiscuo. Esta conclusión se ve ratificada por el fallo de la CIADH que resolvió el caso "Atala Riffo y niñas vs. Chile", de fecha 24 de febrero de 2012, contra el Estado de Chile¹º. La Corte Interamericana en el considerando 56º del fallo deja de manifiesto que la argumentación de la CS chilena –en

10 Antes de referirnos a la condena de la Corte Interamericana al Estado de Chile en el juicio Atala, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos naturalmente declaró admisible un recurso contra el Estado de Chile (Informe de admisibilidad Nº 42/08 de petición Nº 1271-04). Por esta resolución la Comisión desechó las alegaciones del Estado de Chile en cuanto al agotamiento previo de los recursos internos por considerar que a pesar que en Chile había eventualmente recursos pendientes, ellos son inadecuados o ineficientes. De este modo, en los considerandos 48º y 52º, del referido Informe, la Comisión se establece que "[c]abe destacar que el requisito del agotamiento previo de los recursos internos se aplica sólo cuando son adecuados y efectivos para brindar una reparación de la violación alegada. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que los recursos internos, de acuerdo con los principios generalmente reconocidos del derecho internacional, deben ser adecuados, en el sentido de que deben permitir la restauración del derecho violado, y efectivos, en el sentido de ser capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos (hay nota al pie). Si bien en el sistema legal de todos los países existe una serie de recursos, la norma de su agotamiento no requiere invocar los que son inadecuados, ineficaces o no ofrecen posibilidades de éxito (hay nota al pie). A los fines de la admisibilidad, la norma de análisis empleada para la evaluación prima facie de la adecuación y efectividad de los recursos del derecho interno no es tan rigurosa como la requerida para determinar si se ha cometido una violación de los derechos protegidos por la Convención (hay nota al pie) (...) 52º En el asunto aquí analizado, el Estado chileno se limita a sostener que no se han agotado plenamente los recursos internos, porque la Sra. Atala no está impedida legalmente de volver a solicitar la tuición de sus hijas, en el caso que las circunstancias fácticas del caso hayan cambiado. Sin embargo, el Estado no presenta información específica que lleve a concluir que un nuevo juicio de tuición estará revestido de la idoneidad y efectividad requeridas por el derecho internacional de los derechos humanos para remediar las presuntas violaciones que la Sra. Atala alega. El Estado tampoco ha señalado cómo un nuevo juicio de tuición puede tener perspectivas razonables de éxito, dado el precedente ya establecido por la Corte Suprema de Justicia de Chile (hay nota al pie)".

Ver: http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/Chile12502.sp.htm#\_ftnref3 (consultado el 8 de mayo del 2012).

A este respecto el fallo de la CIADH agregó –en su considerando 66° en cuanto al argumento de la defensa del Estado de Chile en virtud del cual la competencia de la Corte Interamericana para resolver esta cuestión constituiría cuarta instancia–, que: "[d]e acuerdo con lo anterior, no corresponde a este Tribunal determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas ni valorar prueba con ese fin específico, pues ello se encuentra fuera del objeto del presente caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. Asimismo, y en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver respecto a la custodia de las tres niñas M., V. y R., por cuanto esto es materia del derecho interno chileno. De manera que la tuición actual de las menores de edad no es materia del presente caso".

Ver: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_239\_esp.pdf (consultado el 9 de mayo del 2012).

torno a que la madre al hacer manifiesta su inclinación sexual había "ha[bía] antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas", y configuraba una "'situación de riesgo' que las ubicaba en un 'estado de vulnerabilidad en su medio social'"- era discriminatoria. La CIADH concretamente va desechando una a una las alegaciones del Estado de Chile, respecto del interés superior del niño, señalando que éste debe apreciarse en concreto y que aún en caso que haya un daño a los hijos, producto de una reacción social contra los hijos por la inclinación de sus padres, no es admisible un fallo que se sustente sobre la discriminación<sup>11</sup>. En este sentido, la CIADH, en su considerando 121°, agrega que "...en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisible legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual"12.

Revista lus et Praxis, Año 18, Nº 2 2012, pp. 441 - 474

En este sentido, deben morigerarse consideraciones como las sustentadas por autores, como J. Barrientos, que señalan que los derechos fundamentales del niño deben prevalecer sobre cualquier otra consideración. Para el referido autor, siguiendo a Peña, el interés superior –al que hace referencia nuestra legislación– se centra en "el respeto de los derechos fundamentales de los niños, con la limitación de su 'estado de maduración', por sobre cualquier otro 'interés'". Y también cita un interesante fallo de la CA de Rancagua, de 4 de agosto del 2004, Rol Nº 21.919, que en su considerando 4º, señala que el interés del niño es superior al de los padres o terceros. En realidad estas opiniones son correctas, pero ellas tienen excepciones como pone de manifiesto la CIADH.

Barrientos Grondon, Javier, *Derechos de las Personas. El Derecho Matrimonial*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011, pp. 115 y 116.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> La sentencia de la CIADH lo que rechaza es que un Estado pueda sustentar sus fallos en la discriminación por tendencia sexual. Así, en el considerando 119°, la CIADH resuelve que "[s]i bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias "para hacer efectivos" los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición".

Ver: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_239\_esp.pdf (consultado el 9 de mayo del 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Ver: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_239\_esp.pdf (consultado el 9 de mayo del 2012).

LATHROP destaca, como elementos trascendentales en la atribución de la guarda y custodia de los hijos, las condiciones personales o ambientales y determinadas convicciones filosóficas, ideológicas y religiosas en que se desenvolverán. Entre estas circunstancias están el cambio de domicilio, en relación al lugar de origen de la familia; la práctica de alguna religión o ideología, que pueda ser dañina para los hijos; el padecimiento de una enfermedad, que imposibilite el cuidado de los hijos, etc. La autora a continuación realiza un profundo análisis de la edad de los hijos y sexo de los progenitores con relación a la asignación de la guarda y custodia conjunta. El que se continúe asignando la patria potestad a la madre de una forma más o menos generalizada obedecería a la división del trabajo en la familia. Así, en las familias, aún si los padres están separados, el hombre se ocupa del sustento económico y la mujer de mantener el soporte emocional de los hijos. Por otra parte, en una asignación poco igualitaria de la patria potestad influye el que los padres al percibir que los tribunales les son hostiles no soliciten la guarda y custodia unilateral. Toda esta situación variaría con la dictación de la Ley Nº 15/2005, que reforzaría el principio de no discriminación entre el hombre y la mujer (página 201).

### 3. Capítulo segundo

El capítulo segundo trata del ejercicio de la guarda y custodia de los hijos. Este capítulo comienza distinguiendo entre situaciones de normalidad familiar, por una parte, y de ruptura entre los padres, por la otra. La regla general, en situaciones de regularidad matrimonial, es el ejercicio conjunto. Pero, en realidad, en dicha situación raramente los padres recurrirán a tribunales para arreglar sus diferencias. Sin perjuicio de lo cual, la asignación conjunta es un acierto, por cuanto incentiva el diálogo entre los padres. En todo caso, los desacuerdos de los padres, a diferencia de lo que sucede en el Derecho chileno, están regulados en el Derecho español que distingue si ellos son reiterados o no¹3. Si no son reiterados, el juez resolverá el problema, a solicitud de uno de

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> En el PLF, al igual que en el Derecho español, se distinguía entre los desacuerdos simples y los reiterados. En el caso de los desacuerdos simples, cualquiera de los padres podía acudir al Juez competente, quién resolvería breve y sumariamente, lo más conveniente para el interés del hijo, previa audiencia de los padres. El Juez podía, aún de oficio, requerir toda la información que considere necesaria y debía de escuchar al menor, si éste tenía suficiente juicio y discernimiento. A su vez, se señalaba que en caso de desacuerdo o si concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres, o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos años (así se señalaba en el ex 214.2° y 3° del Proyecto). El Proyecto se diferenciaba del artículo 156.2° del C.c. español, en que en el Derecho español deberá oírse en todo caso, a los menores mayores de doce años y se limitaba la decisión del Juez, en el sentido que sólo podía optar por uno de los padres para que éste decidiera el conflicto. En resumen, el Proyecto dejaba abierta la posibilidad que el Juez resolviera

los padres, escuchando a ambos y al hijo, si tuviere suficiente juicio y discernimiento; en cambio si son reiterados el juez puede atribuir parcial o totalmente la patria potestad, y por ende, la guarda, o distribuir entre ellos sus funciones por un período máximo de dos años (página 206).

El análisis de la asignación de la patria potestad y de la guarda y custodia de los hijos, antes de la Reforma española de 2005, es relevante por cuanto dicho sistema podría aplicarse en Chile, a través de una adecuada interpretación de la CNUDN. Ello es evidente, ya que nuestro sistema de asignación, al igual que el español, es de asignación indistinto o exclusivo. Pero, el sistema español es más fino que el nuestro por cuanto, en palabras de LATHROP, "[e]n los casos de ruptura conyugal o de pareja, la guarda y custodia de los hijos se desgaja de la patria potestad transformándose en un derecho-deber independiente (nota al pie) que, generalmente (...) irá acompañado del ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor guardador, y de la titularidad conjunta de la misma con el otro padre o madre no custodio" (página 206)14. Esta distinción entre titularidad, que es conjunta, y ejercicio de la patria potestad, que es indistinta, lleva necesariamente a optar por una asignación conjunta e indistinta de las facultades-deberes que constituyen la patria potestad, distinción que en Chile lamentablemente no se hace. Ello es lamentable por cuanto esta distinción es tan relevante, que sin lugar a dudas, si ella no se hace, malamente podemos hablar siguiera de Derecho de Infancia. Esta distinción es de tal envergadura que se debe hacer aún a falta de norma expresa, ya que se desprende del principio del interés superior. El principio del interés superior del niño lleva a que ambos padres deban estar presentes en su desarrollo, independientemente que vivan juntos los padres o estén casados. En el Derecho español, la titularidad de la patria potestad, en caso de ruptura de los padres, corresponde a ambos, de acuerdo a los artículos 154 y 159 del CCE (página 206). También es posible que el ejercicio de la patria potestad sea ejercido parcialmente por cada uno de los padres. Sin perjuicio de lo anterior, a pesar que lo relevante será la asignación de la guarda y custodia de los hijos, si ella se hace a uno sólo de los padres, el ejercicio y sobre todo la titularidad de la patria potestad conjunta permitirá entender de mejor forma cómo operan las facultades-deberes del padre no

directamente el conflicto. Pero se alejaba de la tendencia moderna en la materia que es escuchar al menor en todas aquellas materias en que éste pudiere verse afectado. En el caso de los desacuerdos reiterados la transcripción de la disposición española era casi textual. Esta iniciativa lamentablemente no prosperó en el Congreso, lo que constituye un claro error, ya que si bien la regla general no es el cuidado conjunto, sí excepcionalmente los padres al optar por ella tienen alguna clase de desacuerdo, sólo podremos recurrir a través de la integración al principio del interés del niño para permitir al Juez solucionar el conflicto.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Lo señalado entre paréntesis y cursiva es mío.

custodio, conforme al principio del interés superior del niño. En definitiva, el Derecho de la Infancia ordena la guarda y custodia, el ejercicio y titularidad de la patria potestad, señalando para cada una unos derechos de actuación diferentes, inspirados en el principio del interés superior del niño.

El artículo 156 del CCE asigna el ejercicio de la patria potestad, en la medida que los padres vivan separados, al padre que convive con el niño. La autora entiende, como lo hace la mayoría de la dogmática española, que esta es una regla de aplicación general y desecha la interpretación por la que sólo procedería respecto de los hijos extra-matrimoniales. Esta regla es muy interesante por cuanto reconoce la realidad de los hechos; pero no es una regla de asignación de la patria potestad propiamente tal. La asignación definitiva, e incluso eventualmente transitoria, de la patria potestad, a falta de acuerdo, corresponde a los tribunales, que debe considerar otros antecedentes. En el fondo, la regla establecida en el artículo 156 del CCE evita la judicialización del conflicto, estableciendo una asignación transitoria. Y el sustento de esta solución legal y transitoria es el respeto al "statu quo", al mantener los hijos con el padre que viva con ellos. Así, la autora nos señala que "...el criterio legal general de atribución del ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven está contenido en el art. 256, párrafo quinto, del CC. Se trata de una situación de hecho no sometida a conocimiento judicial a la cual el ordenamiento jurídico da una solución automática" (página 211). Por ello, la asignación definitiva, o incluso transitoria, de la patria potestad se debe hacer conforme al artículo 159 del CC, que dispone que "[s]i los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años".

En este capítulo se analiza cómo opera la titularidad y ejercicio de la patria potestad en caso que el juez decrete la custodia unilateral. La titularidad de la patria potestad continúa en poder de ambos padres, y el ejercicio es atribuido por el juez a uno de ellos o son repartidas sus funciones. De esta forma, salvo decisión judicial en contrario, la titularidad de la patria potestad es siempre conjunta. Por lo que un escenario usual de la ruptura será la guarda y custodia unilateral con titularidad de la patria potestad conjunta. La titularidad de la patria potestad permite a los padres entregar a los niños en adopción, autorizar o dispensar su matrimonio o dar lugar a su emancipación. Lathrop no aclara, sin embargo, si los deberes-facultades de mantener una comunicación directa y regular; vigilancia y control y la colaboración son parte de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad (página 215). De estas facultades y deberes es muy importante la de vigilancia y control, por cuanto éste atiende al interés superior del niño. Este deber-facultad, como destaca Lathrop, se presenta con

relación al hijo; pero, fundamentalmente, se dirige al padre que tiene la guarda y custodia unilateral. Por ello se compone de un deber de información por parte del padre custodio, que es ejecutable judicialmente.

El análisis de la atribución de la guarda y custodia a un tercero se centra en los abuelos; y en la pérdida de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a ella (página 232). En este punto nos separamos un poco de la autora por cuanto en el Derecho español se deben distinguir entre las causas de extinción y terminación de la patria potestad. Es así como "[l]a distinción precedente obedece a que las causas de término de la patria potestad -que son la exclusión y privación de la patria potestad- están inspiradas en el principio de protección e interés del menor. En cambio, las causas de extinción -que están establecidas en el artículo 169 del CC español- obedecen a otros motivos, como la emancipación (nota al pie), adopción (nota al pie) o el fallecimiento de ambos progenitores o del hijo (nota al pie)". De este modo, LATHROP se refiere a la atribución de la guarda y custodia de los hijos a un tercero por incumplimiento grave de los deberes inherentes a ella; a casos menos graves, en que al tercero se le asigna el cuidado personal del hijo, manteniéndose las restantes facultades y deberes de la patria potestad y, finalmente, a la muerte del progenitor guardador. A lo anterior se puede agregar que la exclusión y la privación de patria potestad están reguladas en los artículos 111 y 170 del CCE, respectivamente. Así, tanto la doctrina, como la jurisprudencia española, son pacíficas en cuanto a la no aceptación de la aplicación de la analogía entre las normas que regulan la exclusión y la privación de la patria potestad.

Una de las materias más complicadas de analizar es la determinación de la naturaleza y alcance de la exclusión de la patria potestad. Dicha figura no tiene precedente en el Derecho histórico español y se incorporó a éste a través del Código Civil. La doctrina española ha señalado que se trataría de una causal de afectación de la patria potestad. Pero, no está del todo claro si se afecta la titularidad o el ejercicio de la patria potestad. Algunos autores son de la opinión que la exclusión alcanza al "contenido de la patria potestad", sin realizar una aclaración mayor. A pesar que esta figura al parecer se refiere al ejercicio, más que a la titularidad de la patria potestad por no afectar sus elementos esenciales, como sucede con la facultad de emancipar al niño. J. L. Álbacar y M. Martín Granizo son de la opinión que se trata de una restricción total o parcial de los derechos y facultades, que integran el contenido de la patria potestad<sup>15</sup>. F. Rivero

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Así los referidos autores señalan: "lo cierto que su más adecuada naturaleza jurídica nos parece que puede ser la de una restricción total o parcial de los derechos y facultades que integran el contenido de la patria potestad".

ÁLBACAR, José Luis y Martín Granizo, Mariano, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Editorial Trivium, 1991, p. 793.

HERNÁNDEZ parece ser de la misma opinión, ya que duda que la exclusión afecte a las relaciones personales de la patria potestad<sup>16</sup>. El referido autor se refiere al artículo 160 del CCE, que establece que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho a relacionarse con sus hijos menores. Pero, la norma se refiere al ejercicio, y no a la titularidad de la patria potestad, por lo que si se entiende que la exclusión afecta a la titularidad de la patria potestad, el padre o madre excluido no tendrán derecho a tales relaciones. Por ello, la discusión, en el Derecho español, en torno a la naturaleza de esta institución no es superflua, ya que una u otra posición nos llevará a establecer un alcance diferente de la exclusión. Otros autores, como L. Díez-Picazo o A. Guillón, parecen ser de la idea que la exclusión alcanza también a la titularidad de la patria potestad<sup>17</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, aún se puede efectuar una tercera interpretación y entender que en realidad la exclusión restringe los efectos de la filiación y consecuencialmente pone término a la patria potestad<sup>18</sup>. Dicha posición se basa en que el artículo 111 del CCE si bien se refiere a la patria potestad agrega "y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por el ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias". En consecuencia la exclusión afectaría no sólo a la patria potestad, sino a las "demás funciones tuitivas", es decir, a funciones que están fuera, tanto del ejercicio, como de la titularidad de la patria potestad. Pero, no contento con ello, la norma niega al padre cualquier derecho en torno a los descendientes del hijo. De esta forma, la exclusión extiende sus efectos más allá de ámbito propio de la patria potestad y afecta al ámbito de la familia o vínculo de familia, es decir, a la filiación. Si a ello se le agrega que la exclusión de la patria potestad está regulada en el capítulo I denominado "De la Filiación y sus Efectos" del título V que trata "De la Paternidad y Filiación" del Libro I y no en el capítulo IV de-

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> RIVERO SEÑala textualmente: "[m]ás dudosa es la exclusión del derecho de relaciones personales (del artículo 160), yo me inclino por la negativa, porque no se trata de una función tuitiva, y sobre todo por cuanto tiene de deber y exigencia para menor cumplir el de velar por el hijo (...) No exime, sin embargo, de los deberes legales correspondientes (se refiere al deber de velar y alimentos)...". RIVERO HERNÁNDEZ, F., Comentarios del Código Civil, tomo I, dirigidos por ÁLBACAR LÓPEZ, J. L., Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 436.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> De esta forma L. Díez-Picazo y A. Guillón señalan literalmente respecto de la exclusión: "...y las de exclusión, que son además causas de exclusión de las demás funciones tuitivas que pudieren corresponder al progenitor así como de los derechos que pudieran ostentar por la ley en relación con el hijo o su descendencia, o en sus herencias".

Díez-Picazo, L., y Guillón, A., *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II/2, Tecnos, 1995, segunda edición, Madrid, p. 192.

<sup>18</sup> Así debemos de considerar que el artículo 111.3º del CCE no afecta a los ascendientes del padre, como señala F. RIVERO HERNÁNDEZ. Por tanto algunos efectos de la filiación e incluso de la patria potestad subsisten.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., Comentarios, cit. nota 16, p. 435.

nominado "De la Extinción de la Patria Potestad" del título VII que trata "De las Relaciones Paterno Filiales" del referido libro, entonces se debe concluir que el artículo 111 del CCE también se refiere a la filiación. Finalmente, las causas de exclusión se producen con relación al hecho natural de la generación, ya sea a consecuencia de un delito sexual o por oponerse a tal generación. Por ello si las causas proceden por hechos o actitudes relativos a la generación, parece lógico que esta figura se extienda a la filiación y consecuencialmente alcanzando tanto al ejercicio, como a la titularidad de la patria potestad<sup>19-20</sup>.

En este capítulo se analiza la modificación de los derechos y obligaciones relativos a la guarda y custodia de los hijos. Las decisiones en torno a la guarda y cuidado de los hijos, tanto en nuestro Derecho como el español, pueden revisarse en la medida que se hayan modificado las circunstancias que llevaron a asignarla. Pero, la modificación en las circunstancias debe ser sustancial, de acuerdo a los artículos 90 y 91 del CCE. En el trabajo de LATHROP se señalan los siguientes requisitos para que proceda la modificación de la guarda y custodia: (i) la modificación de la guarda y custodia sea beneficiaria para el menor; (ii) quede acreditada la incapacidad del progenitor que actualmente ejerce la guarda y custodia o los perjuicios que ella produzca; (iii) que el padre o madre que solicita la modificación es idóneo; (iv) sean escuchado los hijos que cuentan con suficiente juicio y discernimiento y (v) se verifique la prueba psicosocial, que constate la realidad del entorno del padre o madre que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo. En el libro se analizan varias situaciones que inciden en la modificación de la guarda o custodia o ciertos aspectos relacionados con ella, como el tratamiento de los hijos en su adolescencia, la opinión de los hijos, su deseo de convivir con los hermanos, su abandono higiénico, alimenticio, educativo, etc. De todos ellos se debe destacar el análisis de la obstaculización de la comunicación y estancia por parte del padre custodio respecto del otro padre. Esta es una materia esencial en que se manifiesta con toda su fuerza el moderno Derecho de la Infancia, que no se centra en el ilegítimo sufrimiento del padre, sino en el derecho del hijo a la coparentalidad o como nos señala

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Ello se debe a que la generación es el presupuesto fáctico de la filiación, como ésta es el antecedente de la patria potestad. Por otro lado, debo llamar la atención al lector que no sostengo que la exclusión impida que nazca la filiación o la destruya, ya que dicha interpretación iría contra el tenor literal del artículo 111.2° del C.c. (dicha disposición habla de "restricciones" para referirse a los efectos de la exclusión). Entonces, si entendemos que se habla de restringir una figura o un derecho (la patria potestad o la filiación), no podemos hablar de extinción a lo menos total. Aunque, tampoco debemos olvidar que dicho inciso se refiere a la posibilidad de renunciar de parte del menor o su representante legal, autorizado judicialmente, a los efectos de la exclusión.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo, "Análisis de la Prórroga y Rehabilitación de la Patria Potestad" *en Revista de la Facultad de Derecho* Nº 98, Madrid, España, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2003, pp. 391 a 424.

la autora "...la legítima necesidad de mantener un contacto directo y regular con el progenitor en cuya compañía no vive" (página 248) y agrega que "... cierta doctrina sostiene que el incumplimiento sistemático, grave y reiterado del régimen de comunicación y estancia debe ser causa suficiente para que el juez modifique el sentido y titularidad de la guarda y custodia, quitándosela al progenitor renuente para entregársela al cumplidor" (página 250). No podemos dejar de lado que la solución legal a este incumplimiento se castiga con multa de uno a dos meses y prisión, de seis meses a dos años (artículos 622 y 223 del CPe). Pero, en caso que el incumplimiento se transforme en obstaculización del régimen de comunicación y en la medida que el otro padre de seguridades de cumplimiento del régimen de comunicación se le deberá asignar la guarda y custodia a este último. Lathrop nos indica además que en el convenio regulador se puede establecer una cláusula que permita al niño, a la llegada de cierta edad, optar por la guarda y custodia de uno de los padres.

Este capítulo finaliza con un análisis de la responsabilidad civil de los progenitores por los hechos del hijo sujeto a su guarda y custodia<sup>21</sup>.

## 4. CAPÍTULO TERCERO

El capítulo tercero aborda la guarda y custodia compartida. LATHROP inicia el tratamiento de esta materia con una referencia al concepto restringido y amplio de guarda y hace un interesante análisis de la relación entre guarda y custodia y patria potestad en el Derecho comparado. A su vez, la autora analiza con profundidad la vinculación entre guarda y custodia compartida y el principio de corresponsabilidad parental o familiar. LATHROP nos aclara que en caso que la guarda sea unilateral lo que comparte "el padre o madre no custodio con quien sí lo es, no es la guarda jurídica propiamente dicha sino determinados aspectos que conforman la patria potestad de los hijos de la cual es titular y, desde luego, cuestiones de carácter personal" (página 279). En concreto lo que

Acuña San Martín, Marcela, "¿Quién responde por los daños causados por un menor de edad cuando sus padres viven separados" en: Mercurio Legal (ver: http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/05/11/Quien-responde-por-los-danos-causados-por-un-menor-de-edad-cuando-sus-padres-viven-separados.aspx, consultado el 14 de mayo del 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> M. Acuña nos señala que la responsabilidad de los padres por los hechos del hijo, ya sea como guardián (artículo 2319.1° del CC) o como vigilante (artículo 2320.2° del CC) o por el hecho propio de ellos (artículo 2321 del CC) debe reinterpretarse conforme al artículo 18.1° de la CNUDN. Dicha norma establece que "[l]os Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". Esta distinción es muy importante por cuanto si distinguimos entre deberes y facultades del padre no custodio nos llevan a que si ellos se concretizan, deban llevar aparejada consecuencias por los actos del niño, aunque no estén bajo su cuidado temporal.

se comparte es el derecho de vigilancia y control; el deber de colaboración; la estancia; la comunicación constante y la formación y desarrollo integral. Así, la guarda compartida se extiende a casos de guarda unilateral. Pero, la instancia normal de guarda compartida será la que provenga del común acuerdo, si bien el juez, de forma excepcional, puede proceder a decretarla a solicitud de uno de los padres, con oposición del otro. También es posible que los padres o el juez distribuyan entre los padres las funciones propias de la patria potestad. Creemos, a diferencia de la autora, que en todo caso el Derecho de la Infancia se aplica de forma integral por lo que la distribución de funciones puede extenderse a aspectos propios de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, a la guarda, al cuidado personal o incluso a los efectos de la filiación. En cambio, la autora es de la idea de separar las expresiones "compartida" y "conjunta". La Ley Nº 15/2005 es fundamental en la consagración de la guarda y custodia compartida, aunque la jurisprudencia, aplicando correctamente el Derecho de la Infancia, hace años venía concediendo la guardia y custodia compartida. Ello lo venía realizando a través del expediente de conceder unos amplios regímenes de comunicación al padre no custodio. La modificación fundamental, como ya se pudo ver, fue introducida en los apartados 5 a 8 del artículo 92 del CCE.

LATHROP opina que es preferible referirse a la guarda y custodia compartida o conjunta, que alternativa o sucesiva, por cuanto estas últimas expresiones atienden sólo a una rotación de domicilios; y en realidad no sólo se trata de un problema de convivencia entre padres e hijos, sino de funciones compartidas entre ellos. La autora, en esta parte de su trabajo, se refiere a los antecedentes generales de la guarda y custodia compartida. Esta institución se habría comenzado a desarrollar en el Derecho Inglés en el año 1925, fecha en la que se promulga la *The Guardianship of Infants Act*; de ahí se habría desarrollado fuertemente en los Estados Unidos de América. No es del caso analizar, como lo hace la autora, todo el Derecho comparado en torno a este tema, aunque obviamente recomendamos su lectura. De todo, a este respecto son sumamente interesantes la doctrina de la presunción del dador de cuidados básicos o del cuidador principal, que asigna la guarda y custodia al padre, que tuvo una mejor relación con el niño antes de la ruptura; y la doctrina de la dualidad paterna, que exige un grado de comunicación diaria o regular del padre no custodio; finalmente se aborda "la regla de la aproximación" por la cual el Derecho debe repartir las funciones de la guarda y custodia, conforme a la situación existente antes de la ruptura.

En este capítulo, además, la autora desarrolla los principios en que se sustenta la guarda y custodia compartida, como lo son la corresponsabilidad parental, la igualdad de los progenitores y la coparentalidad.

LATHROP entiende que el principio de la corresponsabilidad consiste en el reparto equitativo de las facultades y deberes que los progenitores deben ejercer

respecto de sus hijos. Sin embargo, el sustento de la corresponsabilidad, más que estar en la equidad entre los padres, está en el principio del interés superior del niño. La autorregulación del conflicto es algo deseable, por cuanto los padres son los que mejor conocen sus capacidades y las necesidades del niño, y como es natural este proceso sólo puede ser exitoso en la medida que los padres estén en un plano de igualdad. De este modo, en el pasado cuando la patria potestad estaba centrada en el padre o en algunos Derechos decimonónicos, como el chileno, en que el cuidado personal y la patria potestad se le asigna al padre y luego a la madre, en caso de conflicto, la regulación que van a hacer los padres no se va a dar y en los casos en que ella se produzca perjudicará al padre que no está en un plano de igualdad. Ello es evidente desde que ¿por qué un padre que tiene casi todas las facultades con relación al hijo debería negociar con el que no tiene casi ninguna? La importancia del principio de igualdad de los padres se traduce en que, a través de él, se vela por el interés superior del niño. Así Lathrop señala que, respecto de la corresponsabilidad, "[c]omo se ha puesto de manifiesto en el ámbito de la Sociología del Derecho en Italia y en Francia, la regulación de las relaciones parentales a la luz de interés superior del hijo representa, hoy en día, el punto fundamental de la reglamentación jurídica de la familia" (página 351). De esta forma, la corresponsabilidad parental se sustenta en el principio del interés superior del niño, pero está íntimamente ligado a la igualdad, en derechos, de los padres. En apoyo de esta posición, bastante extendida en los países desarrollados, la autora se refiere a la evolución de este principio en el ámbito de la psicología.

LATHROP analiza en las siguientes páginas de su obra, de una forma muy inteligente, la custodia compartida y la igualdad desde una perspectiva formal y material. Así, la autora subraya la importancia que han tenido la agrupación de padres separados y divorciados en la promulgación de la Reforma, introducida por la Ley N° 15/2005, a la legislación civil y la oposición que dicha Reforma ha generado en parte del mundo feminista. Para algunos grupos feministas, dada la diferencia de remuneración entre hombres y mujeres, la custodia compartida se traducirá en una importante herramienta de presión para que las madres cedan sus derechos a cambio de mantener la custodia de los hijos, llevando esta legislación en definitiva a una discriminación en el resultado. Sin perjuicio de ello, coincidimos con la autora que el juez posee las herramientas para evitar este peligro.

En definitiva, LATHROP deja en evidencia que la Reforma española del 2005 es una consecuencia necesaria del principio de no discriminación entre sexos, que ha sido reconocido en una diversidad de normas, tanto de la UE como del Estado español (artículo 3º de la LOIE).

El trabajo que estamos abordándose entiende que el principio de la coparentalidad hace frente a la crisis que ha generado en la familia la asignación

unilateral de la guarda y custodia. El moderno Derecho de la Infancia trata de dejar atrás un sistema donde un padre no custodio se aleja del mundo cotidiano del hijo. Como señala LATHROP "...el modelo de custodia individual está siendo fuertemente reprobado en diversos ámbitos de la vida social" (página 383). Dentro de este principio la autora analiza el SAP que –como veremos– es uno de los criterios que está empezando a ser valorado por los tribunales chilenos a la hora resolver problemas de cuidado personal<sup>22</sup>.

Nuestra autora define al SAP, siguiendo a Aguilar Cuenca y Sánchez Iglesias, como "un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor (alineador) transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro padre o madre, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición" (página 385). Las manifestaciones del SAP se ordenan en siete que podríamos resumir como una identificación con el padre alienador y un desprecio hacia el padre no custodio tan arraigado, que se presenta como pensamiento autónomo del niño. Al respecto la autora nos aclara que "[l]os expertos han señalado que, dependiendo del grado de manifestación del SAP, que puede ser leve, moderado o severo, los jueces deben adoptar decisiones que impliquen un cambio sustancial de la realidad que vive el hijo (nota al pie)" (página 386). El informe psicosocial será de trascendental importancia en la acreditación del SAP. Y dicha prueba es de tal relevancia que el Estado alemán fue condenado por una sentencia del TEDH, de 13 de julio del 2000, por negarse a la verificación del SAP por parte de la madre, ante su negativa de respetar un régimen de comunicación con el padre respecto de un niño de cinco años de edad. En su versión más negativa el SAP nos señala LATHROP se manifiesta en el "Síndrome de la Madre Maliciosa Asociado al Divorcio" (página 388).

El trabajo de la autora analiza a continuación, el principio de la coparentalidad con relación a los restantes principios en el Derecho español. En este sentido, LATROPH se refiere al Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, al artículo 18.1º de la CNUDN y a las normas que consagran el principio

-

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Los síntomas del SAP estarían dados por una campaña de denigración por parte del padre custodio, por el cual el hijo estaría obsesionado respecto del padre no custodio; referencia frívola o destemplada respecto del padre no custodio; exageración en los aspectos negativos del padre no custodio; percepción falsa de independencia de juicio por parte del menor y falta de reflexión o condicionalidad extrema en el apoyo al padre custodio.

En España son varias las sentencias de las AP que discurren sobre el SAP, pero los fallos del TS todavía no son muchos (ver: sentencia Nº 267/2008 de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 31 de mayo de 2010, y de la AP de Cáceres (sección 1ª) de 16 de octubre).

Alascio Carrasco, Laura, "El Síndrome de Alienación Parental. A propósito de la SJPI Nº 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007" en: *InDret, Revista de Análisis del Derecho,* enero, 2008, Barcelona, España.

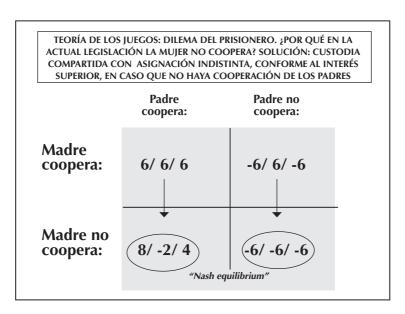
del interés superior del niño. Nuevamente la autora hace un interesante análisis de la normativa de la UE, el Derecho Europeo y del Derecho español respecto de la comunicación directa del padre no custodio. De lo señalado en esta obra se desprende que el tránsito hacia la custodia compartida, regulada por ley, ya lo había dado la jurisprudencia española al establecer amplios regímenes de comunicación. De este modo, señala "[a]l respecto, Campuzano Tome (hay nota al pie), en un minucioso estudio jurisprudencial sobre la custodia compartida, señala que, en algunos casos, paradojalmente, el régimen de contacto entre el hijo y el progenitor no custodio establecido es tan amplio que, en la práctica, constituye custodia compartida" (página 395). Sin perjuicio de lo anterior, la autora considera que la custodia compartida no debe ser la regla general, sino el interés superior del niño como regla de asignación exclusiva. Pero reconoce que si en el hecho los padres mantienen un régimen de comunicación flexible, ello es un buen punto de partida para el establecimiento de un régimen de custodia compartida. Dicho régimen incluso podría ser impuesto por una decisión judicial, pero para ello el juez debe velar porque eso sea efectivamente lo mejor para el interés superior del niño. Por ello, Lathrop está de acuerdo con el régimen adoptado por la Ley Nº 15/2005, que establece la custodia compartida como una de las posibles asignación de la guarda y custodia, pero no la consagra como el régimen supletorio. La autora tampoco está de acuerdo con la solución adoptada en varios Estados americanos, por los cuales se establece una presunción simplemente legal a favor de la custodia compartida por el cual el padre que sostiene que lo mejor es la guarda y custodia indistinta debe acreditar dicha situación. Sin perjuicio de lo cual, sus guiños por el cuidado compartido se manifiestan más adelante, cuando señala que el reparto equitativo de los cuidados del niño, relacionado con el ámbito laboral de los padres, es la antesala de la guarda y custodia compartida. Así, en la vida moderna, los padres deben tener los incentivos para ayudarse mutuamente, en cuanto a sus expectativas laborales, lo que se logra mediante una guarda y custodia compartida. Pero ello no quiere decir que siempre los padres tengan la capacidad para determinar su contenido concreto, lo que puede llevar a que uno de ellos exija, a falta de acuerdo, la intervención judicial. En todo caso, no podemos sino coincidir con la autora en que la introducción de la guarda y custodia compartidas exige que las labores relacionadas con el niño se asignen entre los padres y ello cumple un fin promocional y pedagógico que es, sin lugar a dudas, relevante. Por ello, independientemente de la posibilidad de establecer una guarda y custodia compartida, se requiere de la asistencia de unas políticas públicas encaminadas a compatibilizar los trabajos tanto en el hogar común, como fuera de él.

La autora, antes de entrar en el análisis del artículo 92 del CCE, señala cuál es la posición de la doctrina y la jurisprudencia en torno a la aplicación de la

guarda y custodia compartida. A pesar que los argumentos que se pueden dar en contra de la guarda y custodia compartida, aún en caso que dicha figura proceda contra la voluntad de uno de los padres –que quiera detentar la patria potestad de forma exclusiva-, son más bien débiles, los tribunales españoles aplican esta figura de forma más bien excepcional. A pesar que la asignación de la guarda y custodia es más bien indistinta, la regulación española vela por los derechos del niño por cuanto establece facultades y deberes para el padre no custodio. De esta forma, en los hechos la custodia y la patria potestad exclusiva, en el Derecho español, se asemeja bastante a un sistema de cuidado o patria potestad compartida. Nuestra legislación, en cambio, es muy atrasada, si se la compara con la española, por cuanto establece un sistema de asignación indistinta o exclusiva, en el que el padre no custodio sólo tiene una relación directa y regular, que se reduce a una comunicación de cuatro días al mes. A lo que se suman reglas débiles para hacer cumplir incluso este precario régimen. Ello lleva a que lo que tengamos, sea lo que en economía aplicada se denomina un juego de ganancia cero o cercana a cero. Ello se debe a que no se aprecia que la legislación cree los incentivos para que los padres tengan lo que se denomina una conducta cooperativa. Así, la regulación chilena es muy deficiente, como se puede apreciar si aplicamos la teoría de los juegos. Dada nuestra regulación, si el derecho se suele asignar a la madre, ésta no tiene por qué negociar con el padre. Para reproducir los incentivos que genera nuestra legislación, analícese el cuadro Nº 1. En el juego que se plantea a continuación es la madre quién decide, si acceder o no al cuidado compartido (ella es la única que puede iniciar la partida por cuanto a ella se le asigna el cuidado personal y las facultades y parte de los deberes de la filiación de forma exclusiva). Para apreciar los efectos de nuestra legislación con asignación exclusiva de cuidado personal, supongamos que la madre puede decidir cooperar o no. En el caso que coopere generará un beneficio para ella (primer número de cada casillero), para el padre (segundo número de cada casillero) y para el hijo (tercer número de cada casillero). Nótese que el óptimo social se produce en el casillero superior izquierdo, en el cual ambos padres cooperan, lo que lleva a que padres e hijos se beneficien (en dicho casillero se genera un beneficio social de 18 unidades). Lamentablemente, dada nuestra regulación, el equilibrio en el juego será de los que se llaman "nash equilibrio" o equilibrios no óptimos. El equilibrio no óptimo se producirá en los casilleros inferiores. En dichos casilleros, la madre no cooperará, frente a lo cual el padre puede cooperar (casillero inferir izquierdo) o no hacerlo (casillero inferior derecho), con relación al hijo. En caso que la madre no coopere, el padre podrá hacer esfuerzos adicionales a los mínimos que le exige la legislación, permitiéndole a la madre adueñarse de parte de su beneficio, lo que generará un beneficio social de 10 unidades (el padre coopera, y se auto-perjudica, en favor de su hijo) o negarse a cooperar, generando una

pérdida social de 18 unidades. Este ejercicio bastante realista en torno a las acciones que tomarán los jugadores, dada nuestra actual regulación y las jugadas de los otros jugadores, demuestra que lo óptimo es el cuidado conjunto, con asignación excepcional indistinta del cuidado personal, de acuerdo al interés superior del niño.

Cuadro Nº 1



Pero, volviendo al Derecho español, los padres soliciten la guarda y custodia conjunta en la propuesta de convenio regulador o de común acuerdo en el transcurso del procedimiento, conforme a lo preceptuado en el artículo 92.5° del CCE (página 417). Esta norma no es del todo clara por cuanto da la idea que sólo por acuerdo de los padres se puede optar por la custodia conjunta, pero los artículos 81.2°, 86 y 92 del CCE establecen que ésta puede ser decretada por el juez, a solicitud de uno de los padres, en los casos de divorcio o separación unilateral (páginas 417 a 419). Por otra parte, la autora entiende que el juez, de todos modos, debe velar por el interés superior del niño y siempre se requerirá de la aprobación del convenio de custodia compartida (artículo 90 del CCE). Así, en la demanda de divorcio unilateral, siguiendo la tendencia americana, se exige que se acompañe una propuesta fundada de las medidas que regulan los efectos de la separación y divorcio hacia el futuro (nuevos artículos 81.2° y 86 del CCE); y estas medidas pueden comprender la guarda y custodia compartida. Lathrop también nos indica las causales legales de inadmisibilidad de la guarda y custodia compartida, establecidas en el artículo 92 del CCE, como lo son el que uno de los padres este incurso en un proceso penal o haya indicios concretos de VIF.

LATHROP ahonda respecto de los requisitos para conceder la guarda y custodia conjunta, tanto por acuerdo de los progenitores, como en contra de la voluntad de uno de ellos. Incluso se analiza la concesión de la guarda y custodia conjunta por orden del juez. Antes de la Ley Nº 15/2005 la guarda y custodia compartida solo procedía mediante acuerdo de los padres, pero el nuevo artículo 92, en su apartado 8°, del CCE permitió que el juez pueda decretarla, a solicitud de uno solo de los padres. De esta forma, la referida norma viene a establecer que "[e]xcepcionalmente, 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". Coincidimos plenamente con Godoy Moreno cuando entiende que el juez tiene unas facultades restringidas para desechar el acuerdo por el cual se solicita la guarda y custodia compartidas<sup>23</sup>. En este sentido, somos de la opinión que la negativa del juez debe sustentarse en el interés superior del niño, pero en concreto y no en abstracto. En contra, LATHROP sostiene que el artículo 90 del CCE establece claramente que el control jurisdiccional se ejerce en el interés superior del hijo y en la protección del cónyuge débil (página 429), por lo que el juez siempre puede desechar el acuerdo.

La autora continúa su análisis describiendo la discusión y cambios que se generaron en el Parlamento español, al Anteproyecto, que se transformaría en la Ley Nº 15/2005. Tal vez, el aspecto más interesante, de los que allí se indican, es que el PL exigía para conceder la guarda y custodia conjunta, que ella fuese solicitada por uno de los padres. La redacción definitiva del apartado 8º del artículo 92 del CC, parece seguir el mismo criterio, al establecer que la propuesta se hace "a instancia de una de las partes" (página 435). La autora destaca que una parte importante de la doctrina comparada no está de acuerdo en que la custodia compartida sea decretada contra la negativa de uno de los padres y nos indica que la regulación del Derecho español en este sentido ha sido fruto del error. En el fondo para la autora la guarda y custodia compartida se daría sólo en los casos en que los padres comparten una visión de vida común para el niño, aunque ellos puedan deferir en algunos aspectos concretos. Los temores, tanto ante la posibilidad que éste sea un régimen supletorio, como si procede

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> De esta opinión es Luis Zarralugui.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, "Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres" en: *La Conflictividad en los Procesos familiares: Vías Jurídicas para su Reducción*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 66 y 67.

contra la voluntad de uno de los padres, se sustentarían en un supuesto aumento de la litigiosidad (página 443). No compartimos estas aprensiones, como lo pone de manifiesto una sentencia de la AP de Barcelona de febrero del 2007, que aplica el apartado 8º del artículo 92 del CCE, a un caso en que el padre solicita el cuidado y guarda conjuntos, con Informe favorable del Ministerio Fiscal y opinión de los hijos de trece y siete años, resolvió a favor del cuidado y guarda conjunta. Por otra parte, se puede apreciar que, conforme al cuadro Nº 1, incluso sería conveniente establecer este sistema como supletorio, con residencia principal en casa de uno de los padres.

Finalmente, la autora señala los alcances de la Reforma introducida por la Ley Nº 15/2005. A diferencia del contexto europeo -como sucede en Suecia, Inglaterra, Francia, Bélgica, Alemania e Italia-- en los que la autoridad parental pertenece a ambos padres, en caso de ruptura entre los progenitores. En cambio, el Derecho español mantiene la distinción entre guarda y custodia, y titularidad y ejercicio de la patria potestad, incorporando la categoría del cuidado personal. Así, el párrafo 4º del artículo 92 del CCE, dispone que "[l]os padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges". La ley de esta forma reforma el ejercicio conjunto de la patria potestad, y fortalece un sistema dual; pero la nueva regulación no se pronuncia en torno a la regla general de la guarda y custodia, estableciendo las reglas que regulan su determinación y estableciendo, sin promoverla, la posibilidad de acordar o que el juez imponga una guarda o cuidado conjuntos, conforme al interés superior del niño. Para concluir sólo nos remitiremos a las últimas palabras del presente capítulo del libro en que la autora nos indican que "[p]ara nosotros esta situación de convivencia que denominamos custodia compartida, conjunta, sucesiva o alternada equivale al affidamento condiviso, joint custody o garde conjointe, de las legislaciones italiana, estadounidense y francesa respectivamente, sin limitarnos con ello a designar una modalidad estrictamente alternada de la residencia del hijo. No se trata, por ende, de una rotación matemática entre los padres de los tiempos de convivencia con el hijo sino de una sucesión equilibrada y proporcionada de los mismos. Como tuvimos ocasión de señalar (hay nota al pie), la custodia compartida no se reduce a la regulación de la convivencia sino a las materias en las que, en general, se expresa el principio de la corresponsabilidad parental" (página 470).

#### 5. Capítulo cuarto

El capítulo Cuarto trata del ejercicio de la guarda y custodia compartida. La posición de la autora es clara al respecto, ella entiende que la guarda y custodia compartida es una buena solución, que no exige necesariamente un proyecto de educación común de los padres, sino cierto grado de comunicación; pero el que

no puede ser impuesto. Sin lugar a dudas, el análisis que se hace de las ventajas y desventajas de la guarda y custodia compartida es el más completo que se ha escrito hasta el momento. De esta manera, Lathrop detalla doce ventajas y tan sólo siete desventajas. La autora critica ciertas sentencias de los tribunales españoles que entienden que esta figura crea una gran inestabilidad afectiva en los niños. Así, ella es de la opinión que "[a]simismo, en cuanto a la crítica que se formula a la custodia compartida atribuyéndole una falta de "unidad de dirección" en la educación del hijo, cabe destacar que se tiende a confundir el concepto de unidad con unipersonalidad. Así, la primera significa concurrencia de voluntades en un mismo sentido; no equivale, como se ha expresado, a una concentración del poder de decisión en forma individual" (página 493).

Además, la autora establece los requisitos para la guarda y custodia compartida, los que básicamente presuponen el acuerdo de los padres y una buena cooperación y comunicación entre ellos. LATHROP además se refiere al contenido de la guarda y custodia compartida. A este respecto se pueden producir diversas situaciones. Una de ellas, que no critica la autora, es que uno de los padres tenga la residencia principal. Al respecto, nos parece que ciertamente se acerca mucho a este régimen, uno que establezca un ámbito amplio de comunicación directa y regular y no, necesariamente, una custodia y guarda compartida. A pesar que, en cierto grado, la custodia compartida es incompatible con una residencia principal, el Derecho de la Infancia no debe inclinarse antes soluciones absolutas. El que uno de los padres tenga la residencia principal trae como consecuencia que el otro tenga menores atribuciones; pero ello puede ser perfectamente normal y conveniente para el hijo. La regulación del contenido de la guarda y custodia está íntimamente ligada al ejercicio de la patria potestad y exige una regulación "en concreto" por parte del juez. Así, aunque parezca extraño, la guarda y custodia compartida supone una atribución de contenido del ejercicio de la patria potestad, que no necesariamente es conjunto, por cuanto las habilidades de los padres y los acuerdos, en torno a ella, pueden llevar a que no sea conveniente que todas las facultades sean conjuntas. De este modo, si, por ejemplo, uno de los padres tiene habilidades deportivas es mejor que sea éste el que se encargue de dichas aficiones, o puede ser que el otro tenga afinidades religiosas, que lleven a que sea éste el encargado de dicha educación. Por ello, la guarda y custodia compartida supone la regulación por parte del juez del contenido del ejercicio de la patria potestad. En este punto nos separamos de la Lathrop, que parece inclinarse por la declaración de un padre como custodio principal. Nos parece además, que no puede haber un deber de custodia y vigilancia respecto de la guarda y custodia compartida, pero si lo puede haber respecto del contenido del ejercicio de la patria potestad indistinta. Así, aunque no existen soluciones absolutas, la opción por una residencia principal y un modelo en que uno de los padres convive la mayoría

del tiempo con el niño desdibuja, en cierto grado, la guarda y custodia compartida. En este supuesto, renace el deber de vigilancia, desde el momento en que la guarda y custodia conjunta no es tal (páginas 507 a 509). Por otra parte, la autora nos aclara que la guarda y custodia compartida no necesariamente tiene que ver con el pernoctar, sino tiene que guarda relación con la convivencia diaria. Así, nos indica "[p]ara nosotros, si bien en este caso el menor no cambia de una vivienda a otra, no deja de ser una custodia compartida, pues se trata solamente de una especial distribución del espacio en el cual se convive con los hijos" (página 510), agregando más adelante que "...resulta completamente compatible con la custodia compartida el establecimiento de su residencia sólo con uno de sus progenitores" (página 511). Además, LATHROP nos aclara que la custodia compartida está relacionada con la convivencia cotidiana de ambos padres con el hijo (Cfr. DOGLIOTTI).

Un aspecto criticable en la Reforma española, nos señala la autora, es la falta de regulación del incumplimiento de la guarda y custodia conjunta, sobre todo en la medida que a uno de los padres se le conceda la residencia principal. Así, resalta que el Derecho italiano se ha ocupado especialmente de la transgresión a la guarda y custodia conjunta del otro padre, en los reformados artículos 709 ter y 155 bis del *Codice*.

En la última parte de este capítulo se analiza el cambio de domicilio del progenitor principal; la distribución de la vivienda familiar, relacionada con la declaración del progenitor principal; los lapsos de alternancia; la manutención del hijo, en los casos de guarda y custodia conjuntos; las posibles combinaciones entre titularidad y ejercicio de la patria potestad y la custodia y guarda conjuntas y algunos aspectos relacionados con la mediación familiar.

Del trabajo de LATHROP es de destacar una serie de aspectos, como la recomendación de permitir al padre no custodio tener acceso al ambiente del niño (página 519) y de adoptar un sistema de gestión de custodia compartida por edades, que distinga en niños menores de un año, de uno a dos años, de dos a cinco años, de cinco a nueve años y más de nueve años (tabla de página 523). La autora también aborda la discusión en torno la conveniencia de decretar una custodia compartida con residencia principal o privilegiada o custodia compartida con residencia alternada o un sistema de residencia única para los hijos e indistinto para los padres ("sistema de anidación") -solución que la autora desaconseja (páginas 519 y 520) – y nos distingue entre gastos cotidianos, que son de cargo de cada padre, y extraordinarios, que se reparten de acuerdo a las facultades de los padres (páginas 529 a 535). Finalmente, la autora nos indica que el régimen de comunicación y estancia no tiene sentido si la guarda es conjunta, excepto en cuanto al establecimiento de un mecanismo de comunicación con el niño y entre los padres (páginas 535 y 536). De estos aspectos, todos muy interesantes y analizados con profundidad, es de destacar la relación entre la guarda y custodia conjuntas y la patria potestad. En torno a ella para la autora se pueden dar las siguientes combinaciones:

- a) Custodia compartida, titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, que será el escenario óptimo de acuerdo a la autora, pero en realidad ello dependerá, como ya hemos señalado, de las aptitudes y disponibilidad de los padres. En este sentido, sería mejor una custodia o cuidado conjunto, que se combine con un ejercicio o titularidad parcial de la patria potestad, de acuerdo a las habilidades de cada progenitor.
- b) Custodia y titularidad compartida con alternancia del ejercicio de la patria potestad. En este escenario el ejercicio de la patria potestad puede ser parcial; pero como ciertas facultades y deberes correspondientes al ejercicio de la patria potestad y vinculadas a la guarda (aunque este supuesto no podría darse, a lo menos totalmente). De este modo, no puede hacerse una separación total entre guarda y ejercicio de la patria potestad.
- c) Custodia y titularidad de la patria potestad conjunta con ejercicio exclusivo de la patria potestad. Este escenario sólo puede darse respecto de algunas facultades del ejercicio de la patria potestad, por cuanto algunas facultades necesariamente serán conjuntas (de ser el cuidado conjunto).
- d) Custodia y titularidad de la patria potestad compartidas con ejercicio parcial indistinto.

Sin perjuicio de lo anterior, coincidimos con la autora en que la guarda conjunta supone la titularidad conjunta de la patria potestad, por cuanto esta última es irrenunciable y sólo se pierde por causa legal.

En cuanto al Derecho chileno, hace algún tiempo los autores se inclinaban por una interpretación rígida de los artículos 225.1° y 3° del CC, lo que llevaba a desechar la custodia compartida, pero se aprecia que esta forma de cuidado se terminará imponiendo vía reforma legal o interpretación jurisprudencial<sup>24</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Se puede apreciar una interpretación literalista de las normas sobre cuidado personal en el trabajo de S. Rodríguez, en cambio varias autoras como M.C. Gómez De La Torre, M. Acuña y la propia F. Lathrop se inclinan por una interpretación de acuerdo a principios, sobre todo en el campo extrapatrimonial. A modo de ejemplo se puede consultar el interesante trabajo publicado recientemente por M. Acuña que, respecto de la custodia compartida en el Derecho chileno, señala: "...no existen normas que posibiliten de forma expresa la presencia de esta modalidad, lo que ha acarreado que la jurisprudencia se incline mayoritariamente por una aplicación formalista de la regla de atribución legal del artículo 225 Cc, asignando la custodia en forma casi exclusiva a la madre. Sin embargo, la realidad está poniendo en jaque a los mecanismos tradicionales de cuidado personal, de la mano del principio constitucional de igualdad entre hombres y mujeres. Aunque, en nuestra opinión, antes que dicha igualdad, debiera primar la protección del interés superior del menor". Y, a continuación, Acuña razona a favor de que los padres puedan estipular un cuidado personal compartido o alterno, fundándose para ello en el artículo 18 de la CNUDN; pero sólo si dicho acuerdo se presenta a través del convenio regulador del divorcio, por cuanto los artículos 55 y 21 de la LMC no limitan dichos acuerdos a una forma específica de cuidado personal. El convenio regulador, señala la autora, deberá ser homologado por el juez, que deberá considerar que ello atiende al interés superior del niño. En contra que los padres abiertamente

# 6. Conclusiones

Para finalizar esta obra rechaza la custodia compartida como régimen supletorio, señalando la conveniencia, que el juez establezca la custodia compartida a petición de los padres. Entre los requisitos indispensables para ello, la autora nos señala el acuerdo de los padres y desecha la posibilidad que el juez la decrete a petición de uno de los padres. En este sentido, LATHROP estudia adecuadamente el artículo 92, apartado 8º del CC, reformado por la Ley Nº 15/2005<sup>25</sup>, que admite esta posibilidad.

LATHROP, seguramente por la extensión del trabajo, no aborda con suficiente profundidad la relación entre custodia compartida y ejercicio de la patria potestad; pero esto es atendible, ya que conociendo a la autora, ello podría dar lugar a otro trabajo tan extenso e interesante como el que ahora tengo la suerte de reseñar.

Para finalizar, independientemente de las legítimas discrepancias que uno pueda tener con un trabajo de la envergadura del analizado, estamos en presencia de una obra fundamental respecto a la custodia compartida y sólo cabe recalcar que su lectura es indispensable para poder entender adecuadamente el Derecho de la Infancia<sup>26</sup>.

puedan optar por dicho régimen estaría el tenor literal del artículo 225.2° del CC, que sólo permitiría la asignación de común acuerdo del cuidado personal exclusivo.

RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, el Cuidado Personal de Niños y Adolescentes, Abeledo Perrot, Legal-Publishing, Santiago de Chile, 2010, pp. 47, 48, 50, 67 a 70 y 110 a 112 y Acuña, cit. nota n. 25, pp. 397 a 403.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> A pesar que en este trabajo se ha sostenido una opinión diferente a la planteada por la autora. No podemos dejar de lado que, como destaca GUILARTE, las sentencias del TS, de 8 de octubre de 2009, 10 de marzo de 2010 y 11 de marzo de 2010, han resuelto que la custodia compartida es excepcional y se concede en el caso que lo único conveniente para el hijo sea la custodia compartida, lo que hace que este régimen no sólo sea excepcional, sino de difícil ocurrencia.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009" en: *InDret, Revista de Análisis del Derecho*, Julio, 2010, Barcelona, España, (ver: http://www.indret.com/pdf/753\_es.pdf, consultado el 14 de mayo del 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Tampoco puedo dejar de señalar que este es un trabajo citado, lamentablemente más fuera, que dentro de Chile. Ver por ejemplo: http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/172880/TFC-POR-CEL-2011(2).pdf?sequence=1